



Mission du Haut Responsable chargé de l'Intelligence économique

La protection du Secret des Affaires : Enjeux et propositions

Rapport du groupe de travail présidé par
M. Claude Mathon, avocat général à la Cour de Cassation

17 avril 2009

Membres du Groupe de travail

Président	M. Claude MATHON	Avocat général à la Cour de cassation
Membres	M. Jean-Benoît BUSNEL	Conseil en propriété industrielle
	Me Corinne CHAMPAGNER KATZ	Avocat à la Cour
	M Didier JULIENNE	Dirigeant de société étrangère
	M. Pierre LODDE	Administrateur civil directeur de projet Ministère de l'intérieur

Avant-propos

Protéger les entreprises françaises vulnérables aux attaques déloyales de prédateurs économiques et financiers, constitue un impératif de défense des intérêts de la nation et une préoccupation permanente des pouvoirs publics.

Pour réaliser cet objectif, il convient de contribuer à restaurer l'équité, - sinon une certaine moralité -, dans les pratiques commerciales en vigueur, gage d'une expansion optimale des échanges économiques, dans le cadre d'un nouveau climat de confiance juridique sécurisé.

La recherche d'une meilleure protection du secret des affaires de l'entreprise s'inscrit dans cette stratégie de politique publique et y tient une place centrale, par la mise en œuvre de mesures conservatoires liées à l'intelligence économique.

Toutefois, l'analyse et la pratique convergent vers un même constat : l'inadaptation de notre dispositif juridique et technique actuel pour lutter contre les déviances observées dans les relations commerciales internationales, et l'impuissance des services de l'État comme de l'institution judiciaire pour accompagner et soutenir avec succès nos entreprises dans le domaine de la sécurité et de la protection des informations et des données vitales qu'elles détiennent.

Dans cet esprit, le Haut responsable chargé de l'intelligence économique a mandaté un groupe de travail chargé d'identifier la nature de ces informations, de les hiérarchiser, d'en appréhender les tenants et aboutissants, puis de préconiser des recommandations susceptibles d'améliorer l'efficacité de nos procédures juridiques pour en renforcer l'efficacité face à des pratiques inacceptables, et au demeurant, en voie de banalisation.

C'est avec le même objectif qu'en décembre 2005 a été achevée la refonte du cadre législatif et réglementaire relatif au contrôle des investissements étrangers dans les domaines spécifiques de la défense et de la sécurité publique. Ces dispositions du code monétaire et financier¹ permettent de contrôler efficacement la prise de contrôle d'entreprises françaises sensibles, et ont inspiré des réglementations similaires dans d'autres pays européens tel que le projet de loi adopté par le gouvernement allemand cet été.

Mais, en dehors des domaines de la défense et de la sécurité - où les règles du secret et leur application ne posent pas de difficulté excessive -, la France, contrairement à d'autres pays, manque de moyens juridiques pour protéger le secret des affaires dans les entreprises publiques et privées présentes dans les autres secteurs d'activité.

Or, ainsi que l'illustrent certains cas récents, la violation d'un secret d'entreprise ou la divulgation de procédés de fabrication et de formules confidentielles a des incidences

¹ Articles L 151-3 et R 153-1 et suivants du CMF

préjudiciables irrémédiables : perte d'un contrat à l'international, prise de contrôle inamicale d'une entreprise française, mise en œuvre d'une stratégie de destruction d'une entreprise concurrente, etc. Les conséquences qui en résultent s'apprécient généralement en termes de perte d'emplois, de parts de marchés, d'actifs financiers, et en définitive, de croissance.

Sensible à ces risques, le Tribunal de Première instance des Communautés européennes a récemment établi une classification du niveau de secret des affaires qu'il applique aux pièces des dossiers dans les contentieux d'entreprises qu'il est amené à instruire, afin de prévenir tout préjudice et d'éviter, le cas échéant, la mise en cause de sa responsabilité de ce chef.

Dans cette même perspective, la France dispose de marges de manœuvres importantes et peut s'inspirer de réglementations et de pratiques étrangères, qui répondent aux enjeux considérés.

C'est pourquoi, en liaison avec les ministères de la justice et de l'intérieur, et l'appui de spécialistes du droit des affaires, le groupe de travail a réalisé une analyse approfondie du secret des affaires, dans le droit et dans les faits, pour y puiser les réflexions nécessaires à une adaptation de notre droit aux exigences nouvelles du temps.

Tel est l'objet du présent rapport, dont les propositions, si elles étaient adoptées, contribueraient à renforcer la protection des acteurs nationaux de l'économie sur ce nouveau champ de bataille mondialisé, où se joue désormais l'avenir des nations.

Alain JUILLET

TABLE DES MATIÈRES

I Les moyens de protection juridique existants	8
1.1. La notion de secrets d'affaires dans les textes et la jurisprudence	8
1.1.1. En Droit français	8
1.1.1.1. En Droit de la concurrence	8
1.1.1.2. En Droit financier	9
1.1.1.3. En Droit social	9
1.1.1.4. En Droit de la Propriété intellectuelle	9
a) L'objet du secret des affaires en matière de propriété intellectuelle	10
Le secret, objet de protection	10
Le secret des affaires au sein de l'entreprise	10
Le secret des affaires de l'entreprise dans ses rapports avec les tiers	11
Le secret et l'intérêt général	11
b) Appréhension d'informations relevant du secret des affaires lors de la mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle	12
Extension du champ de la saisie-contrefaçon	13
Le Droit à l'information	14
c) L'encadrement de la révélation du secret des affaires	16
1.1.1.5. En Droit du secret de défense	17
1.1.1.6. En Droit pénal	17
1.1.1.7. En Droit administratif – la procédure de la CADA	17
1.1.1.8. La loi dite “de blocage” du 26 juillet 1968	18
1.1.2. En Droit Communautaire	18
1.1.3. En Droit américain : l'Economic Espionage Act ou “Cohen Act”	19
1.2. La protection découlant des obligations contractuelles.....	20
1.3. La réparation de la violation du secret des affaires par le droit commun	21
1.3.1. L'abus de droit	21
1.3.2. La concurrence déloyale	22
1.4. Le bilan	23
II Les solutions possibles.....	24
2.1 Les orientations.....	24
2.2. Les voies civiles	24
2.2.1. Les mesures d'aménagement de la procédure civile	24
2.2.2. La transposition en France de l'article 39 de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ADPIC)	25
2.2.3. L'aménagement du Code Civil	26
2.3.4. Le renforcement du mécanisme de réparation	27
2.3. La voie pénale.....	27
2.3.1. Le contexte politique	28

2.3.2. Le contexte juridique.....	28
2.3.3. L'impact de la pénalisation du vol de secret d'affaires.....	29
2.3.3.1. Un effet pédagogique	29
2.3.3.2. Un effet dissuasif.....	29
2.3.3.3. Un effet économique	30
2.4. Les mesures de protection, de sensibilisation et de partage	30
2.4.1. Les mesures de sécurité informationnelle	30
2.4.2. La formation des magistrats à l'intelligence économique.....	31
2.4.3. Le secret partagé.....	32
2.4.4. La réforme de la loi "de blocage" de 1968.....	32
2.4.5. Le cas particulier des actionnaires et l'action des fonds d'investissement	33
2.5. Les obligations de transparence.....	34
2.5.1. Les dangers de la transparence	34
2.5.2. Le difficile équilibre à trouver entre l'intérêt public et celui de l'entreprise	35
Conclusion.....	36
Principales Propositions du groupe de travail.....	38
Annexes	41

Introduction

Toutes les entreprises possèdent des secrets d'affaires.

Certaines n'en prennent conscience que tardivement, lorsqu'elles sont l'objet de tentatives de captation de la part de leurs concurrents, et, le plus souvent, trop tard. La protection de nos entreprises est aujourd'hui un impératif au regard des enjeux politiques, économiques, et humains qui s'y attachent.

À la différence des biens corporels qui présentent une valeur économique aisément identifiable, les informations et connaissances vitales de l'entreprise constituent des actifs immatériels fragiles, dont l'évaluation est difficilement perceptible, mais dont la perte constitue le plus souvent un sinistre dommageable sérieux pour sa compétitivité.

Or, il n'existe pas aujourd'hui en France de législation dédiée permettant de protéger, dans la sphère privée, le secret des affaires, hormis certaines dispositions particulières : informations scientifiques ou techniques (Code de la Propriété intellectuelle), informations relatives aux marchés financiers, dont l'usage est encadré par le droit boursier, et les informations couvertes par le secret professionnel lié à l'exercice de certaines professions réglementées ou découlant du contrat de travail.

Pourtant, ces secrets constituent un actif essentiel du patrimoine des entreprises parce que leur détention présente, le plus souvent, un avantage concurrentiel souvent décisif.

La vive concurrence que se livrent les entreprises dans le cadre d'une compétition internationale attisée par une mondialisation non régulée et la généralisation d'une économie dématérialisée conduisent à rechercher la meilleure protection possible de l'ensemble des informations et connaissances confidentielles que possède l'entreprise, du fait, notamment :

- de la vulnérabilité de son patrimoine face à l'évolution des technologies de l'information,
- du mouvement accentué de concentration des entreprises et de l'existence de fonds d'investissement peu scrupuleux,
- du principe de transparence érigé en force de loi,
- des obligations juridiques de communication à des autorités étrangères en application de traités internationaux.

La mise en œuvre d'une politique d'intelligence économique consiste à construire un système juridique efficace et global : ce système permettrait de protéger l'ensemble des données confidentielles de l'entreprise face aux menaces que constituent les actes d'appropriation et de détournement illicites de ces données scientifiques, techniques, économiques, financières et commerciales et plus généralement de tout actif informationnel stratégique à caractère confidentiel.

La diversité des secrets aujourd'hui visés par de nombreux textes et l'absence d'homogénéité des statuts juridiques qui s'y attachent, conduit à s'interroger sur l'opportunité de procéder à une refonte de ces textes pour élaborer un véritable « Code du secret » et faire adopter une loi spécifique sur les secrets d'entreprise, qualifiés aussi de « secret des affaires ».

I Les moyens de protection juridique existants

1.1. La notion de secrets d'affaires dans les textes et la jurisprudence

C'est en vain que l'on peut rechercher une définition du secret des affaires dans la législation française. Il s'agit pourtant d'une notion connue de la Justice, qui s'y réfère parfois. Il en va ainsi tant des décisions émanant de la Justice française que de la Justice européenne (Tribunal de Première Instance et Cour de Justice des Communautés Européennes).

De façon générale, le risque d'une instrumentalisation par des personnes soucieuses d'accéder à des données qu'elles ne pourraient obtenir par d'autres voies, menace les juges. Ceci explique certaines constitutions de partie civile qui offrent la possibilité, après ouverture de l'information judiciaire, d'avoir accès au dossier et aux pièces qu'il contient. C'est également le cas des actions dites "*in futurum*" qui permettent préventivement de se constituer des preuves dans la perspective d'un futur procès.

Selon la définition donnée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 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. »

La notion de secret des affaires semble donc couvrir à la fois les « secrets de production » qui représentent le noyau vital de l'investissement de l'entreprise et les « secrets de situation » qui n'offrent pas un avantage économique direct, mais qui présentent un intérêt du point de vue concurrentiel, en raison de leur caractère stratégique.

1.1.1. En Droit français

Outre la deuxième Chambre Civile de la Cour de cassation, chargée plus spécialement du contentieux en cette matière, il arrive que des juridictions administratives (Conseil d'État et Autorité de la Concurrence) se réfèrent aussi au secret des affaires.

1.1.1.1. En Droit de la concurrence

La pratique de l'Autorité de la Concurrence fait apparaître que les informations relevant du « secret des affaires » correspondent à celles dont la divulgation ou la transmission à un tiers peut gravement léser les intérêts des entreprises.

Dans une décision du 9 mai 2001, l'Autorité a considéré que :

« L'article 23 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence fait référence au « secret des affaires » en disposant que le Président du Conseil de la concurrence peut refuser la communication de pièces mettant en jeu ledit secret des affaires. »

Le Code du Commerce dans son article L 463-4, évoque le secret des affaires sans jamais le définir rigoureusement.

1.1.1.2. En Droit financier

Le Code monétaire et financier, en ses articles L465-1 et L465-2, sanctionne l'utilisation d'informations privilégiées sur les marchés financiers et la diffusion de fausses rumeurs.

1.1.1.3. En Droit social

Le Code du travail, en son article L512-7, sanctionne la révélation d'un secret de fabrique, mais n'est opposable qu'aux seuls salariés et dirigeants de l'entreprise.

1.1.1.4. En Droit de la Propriété intellectuelle

En l'absence de définition légale du « secret des affaires », la pratique tend à considérer que cette notion recouvre les informations dont la divulgation ou la transmission à des tiers peut gravement léser les intérêts de l'entreprise.

Il s'agit pour la majeure partie d'informations commerciales et stratégiques, qui peuvent se définir autour de trois axes :

- les secrets des procédés ;
- les informations stratégiques et financières ;
- les stratégies commerciales.

Ces informations font partie intégrante du processus de création.

Or, la propriété intellectuelle, quel que soit l'outil juridique envisagé, porte sur des créations de l'esprit humain.

En effet, la propriété intellectuelle se divise usuellement entre la propriété industrielle, qui englobe les brevets, les signes distinctifs et les créations techniques et ornementales, et la propriété littéraire et artistique qui comprend le droit d'auteur et les droits voisins y afférents (droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes etc).

Le dénominateur commun de ces droits, à l'exception des droits voisins, est sans nul doute la création, laquelle à ce jour constitue une source de richesses économiques et ainsi un véritable enjeu sensible et stratégique pour les acteurs de l'économie que sont les entreprises.

Il est dès lors indispensable de protéger l'accès à leur patrimoine intellectuel, élément fondamental de leurs actifs et cible essentielle du secret des affaires.

Le monopole temporaire d'exploitation conféré aux titulaires de créations intellectuelles par les droits de propriété intellectuelle s'avère insuffisant pour protéger certains éléments ou informations nécessaires à la création, et certaines entreprises préfèrent avoir recours au secret.

C'est notamment le cas pour l'information technique, car la protection, obtenue par le biais de formalités de dépôt et de délivrance de brevets, est, d'une part, limitée dans le temps (20 ans maximum) et cette information a, d'autre part, vocation à être divulguée en échange d'un monopole d'exploitation.

Après avoir examiné quel est l'objet de ce secret en propriété intellectuelle (a), nous apprécierons les situations dans lesquelles sont appréhendées des informations relevant du

secret des affaires lors de la mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle (b) puis l'encadrement de la révélation de ce secret (c).

a) L'objet du secret des affaires en matière de propriété intellectuelle

Alors même que les droits de propriété intellectuelle reposent sur un système de divulgation, le secret peut être l'objet même de la protection ou encore être appréhendé lors de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

Le secret, objet de protection

L'octroi de droits exclusifs d'exploitation implique la divulgation de la création au public, à l'exception des droits d'auteur qui existent dès leur création.

Cependant, si la création est protégée en tant que telle, l'ensemble des techniques, méthodes et connaissances qui ont contribué à son élaboration, sont insusceptibles de protection par ces droits exclusifs. Le recours au secret peut s'avérer être le seul moyen de préserver la confidentialité de ces informations.

Seules quelques dispositions hétérogènes protègent le secret des affaires en matière de propriété intellectuelle. Pour être pleinement efficace, la protection de ces secrets doit être assurée tant au sein de l'entreprise (1), que dans les rapports avec les tiers contractants (2). Des motifs d'intérêt général justifient une protection particulière au niveau des débats devant les juridictions (3).

Le secret des affaires au sein de l'entreprise

La loi protégeant le secret en matière de propriété intellectuelle se limite au seul secret de fabrique.

En effet, l'article L152-7 du code du travail, repris par l'article L621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, érige en délit pénal le fait, pour un salarié, de révéler aux tiers un secret de fabrique.

La violation de ce secret est notamment punie de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende.

Le législateur n'a pas légiféré sur la définition du secret de fabrique. La jurisprudence en a donc délimité les contours et considéré que sont assimilés à des secrets de fabrique :

- « *des procédés de fabrication d'une certaine originalité, bien que d'une hauteur inventive modeste, qui offrent un intérêt pratique et commercial pour celui qui les met en œuvre, en ce qu'ils permettent une amélioration de la production et une diminution du prix de revient* » (Cour d'Appel de Paris, 13 juin 1972, pourvoi rejeté par Crim. 20 juin 1973, Ann. prop.ind. 1974, 85) ;

- « *les caractéristiques techniques originales de machines créées par un industriel, permettant de mettre en œuvre un procédé de fabrication qui offre un intérêt pratique et commercial et qui ont été cachées aux entreprises concurrentes.* » (Cour d'Appel de Paris, 2 février 1973, pourvoi rejeté par Crim. 12 juin 1974, Ann. prop.ind. 1974, 97)

Encore que protectrice du savoir-faire des entreprises ou, à tout le moins, dissuasive, cette disposition est insuffisante, car limitée aux seuls rapports entre l'entreprise et ses employés.

Le secret des affaires de l'entreprise dans ses rapports avec les tiers

Le législateur français a laissé le soin aux entreprises de veiller elles-mêmes à la protection de leurs secrets dans leurs rapports avec les tiers.

Or, l'entreprise est amenée à conclure avec des tiers des contrats ayant pour objet principal son savoir-faire, par exemple un contrat de licence d'exploitation d'un droit, un contrat de communication de savoir-faire.

Ces contrats traduisent et illustrent la valeur économique du savoir-faire propre à l'entreprise.

La préservation de la confidentialité des informations échangées revêt donc pour l'entreprise un caractère essentiel, à toutes les phases de la procédure : pourparlers précontractuels, exécution du contrat et conséquences s'y rattachant.

À cet effet, les parties ratifient des conventions de confidentialité au stade des pourparlers et insèrent des clauses de confidentialité dans le contrat.

Toutefois, la définition du contenu de l'information à protéger et l'étendue de l'obligation ne sont pas aisées à identifier avec précision.

Paradoxalement, définir avec précision le secret que l'on cherche à protéger dans le contrat, revient à le divulguer. En outre, le caractère évolutif des informations s'y rapportant doit être pris en compte dans la définition du périmètre de protection au fur et à mesure de l'exécution de la convention.

A contrario, moins le secret sera décrit avec précision dans le contrat, plus la preuve de sa violation sera difficile à apporter, sujette à discussion et source de conflit.

La rédaction de ces contrats ou clauses de confidentialité apparaît délicate et aléatoire.

La dématérialisation de l'information rend cette délimitation encore plus complexe et pose le problème de la protection matérielle de l'information afin d'en protéger l'accès.

Pourtant, en dépit de ces difficultés, les entreprises recourent régulièrement à ces contrats ou à ces clauses, qui demeurent vivaces en pratique.

Le secret et l'intérêt général

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, engagée sur le fondement d'un titre de propriété intellectuelle, certaines informations relatives au secret des affaires risquent d'être révélées au cours des débats. Pour autant, ces procédures ne font l'objet d'aucun aménagement particulier, sauf si l'intérêt de la sûreté de l'État est en cause.

Certaines dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle imposent le secret des débats à tous les degrés de juridiction dans des cas isolés ayant trait principalement à la défense nationale.

Ce secret des débats est imposé en cas :

- d'indemnisation du titulaire d'une demande de brevet d'invention faisant l'objet d'une prorogation d'interdiction et de publication. (Article L612-10 du CPI) ;
- et de licence d'office (article L613-19 du CPI) et d'expropriation (article L613-20 du CPI) pour les besoins de la défense nationale.

Dans ces mêmes matières, les décisions rendues en Chambre du Conseil doivent être dénuées de toute analyse de l'invention de nature à en entraîner sa divulgation (articles R613-37 et R613-42 du CPI)

De plus, seuls, le Ministère public, les parties ou leurs mandataires peuvent en obtenir copie.

Ces dispositions ont pour finalité la préservation des intérêts de la Nation et non du secret des affaires.

Si le secret des affaires fait l'objet d'une faible protection juridique en tant que tel par le droit de la Propriété Intellectuelle, il a néanmoins vocation à être invoqué et opposé au cours des procédures tendant à la protection des créations industrielles.

b) Appréhension d'informations relevant du secret des affaires lors de la mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle

En cas de violation des droits, la mise en œuvre de la protection passe nécessairement par une procédure judiciaire.

A cet égard, le Code de la Propriété Intellectuelle a récemment fait l'objet de modifications législatives et réglementaires essentielles et déterminantes pour la sécurité économique des entreprises :

- *La loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : cette loi a pour objet d'unifier les différents aspects procéduraux de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, dessins et modèles, marques, brevets etc). Les dispositions de cette loi renforcent les mesures provisoires et probatoires mises à la disposition de l'entreprise copiée (saisie contrefaçon, droit à l'information) et instaurent une meilleure réparation du préjudice de la victime. Par ailleurs, elle introduit, d'une manière floue et hésitante la possibilité de saisir le Tribunal de Grande Instance en matière de propriété littéraire et artistique, ces tribunaux devant être désignés par décret.*
- *Le décret n°2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire : ce décret est essentiellement relatif à la modification de la carte judiciaire. Néanmoins, l'article R211-7 inséré dans ce décret attribue compétence exclusive au Tribunal de Grande Instance de Paris en matière de marques, dessins et modèles communautaires*
- *Le décret n°2008-624 du 27 juin 2008 pris pour l'application de la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon et portant modification du code de la propriété intellectuelle : celui-ci établit le délai dans lequel doit intervenir une assignation en contrefaçon, suite à des opérations de saisie contrefaçon. Ce délai est le même dans toutes les matières de la propriété intellectuelle, à l'exception du droit d'auteur, matière où aucun délai n'est prévu.*
- *Le décret n°2008-625 du 27 juin 2008 modifiant le code de la propriété intellectuelle : celui-ci porte essentiellement sur les procédures de retenue en douane.*
- *La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie : il s'agit d'une loi relative au statut de l'entrepreneur individuel, aux PME, aux baux commerciaux, à la protection du consommateur, au numérique, à la finance... Le chapitre III intitulé « développer l'économie de l'immatériel » instaure un **transfert de compétence, en matière de propriété littéraire et artistique et de concurrence déloyale, des Tribunaux de Commerce au profit des Tribunaux de Grande Instance**. La liste de ces TGI appelés à connaître du contentieux du droit d'auteur doit être déterminée par décret. Celui-ci n'est à ce jour pas intervenu.*

La mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle permet au demandeur d'appréhender des informations relevant du secret des affaires du défendeur, notamment au moyen de la procédure de saisie contrefaçon. Elle constitue un instrument probatoire simple et non contradictoire. Par le biais de cette procédure, le saisissant cherche à caractériser tout à la fois, la matérialité des actes de contrefaçon, leur traçabilité et les éléments du préjudice généré en aval de la production et de la commercialisation.

A cette fin l'huissier de justice mandaté est autorisé à saisir divers documents pouvant relever du secret des affaires.

Il est primordial que l'exercice et la protection de ces droits ne soient pas détournés de leur finalité pour devenir un simple outil d'espionnage industriel, permettant l'obtention déloyale de données stratégiques au profit du concurrent.

La saisie contrefaçon est autorisée par une ordonnance sur requête présentée au Président du Tribunal du lieu du saisi.

En théorie, le saisi n'a pas la possibilité de s'opposer à la saisie de ses informations confidentielles.

Le rôle du magistrat autorisant la saisie apparaît ainsi comme primordial. Il lui appartient d'examiner la réalité de la finalité probatoire et de bien délimiter la mission de l'officier instrumentaire, afin d'éviter tout abus.

Le maintien de l'équilibre entre les enjeux de la lutte contre la contrefaçon et l'impératif de protection du secret des affaires est essentiel et constitue le cœur du débat.

La loi du 27 octobre 2007 transposant la directive du Conseil et du Parlement européen du 29 avril 2004, complétée par le décret n°2008-624 du 27 juin 2008, bien que faisant indirectement référence au secret des affaires, élargit considérablement le champ de la saisie contrefaçon (1) et crée un droit à l'information (2).

Ces dispositions semblent privilégier la lutte contre la contrefaçon, au-delà de la préservation du secret des affaires.

Extension du champ de la saisie-contrefaçon

Cette nouvelle loi unifie la procédure et, conformément à la pratique actuelle, étend le champ de la saisie contrefaçon à « *tout document s'y rapportant* » et à la « *saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants* » (articles L332-1 2° droit d'auteur et droits voisins ; articles L521-4 dessins et modèles ; L615-5 brevets ; L716-7 marques ; L722-4 indication géographique ; L 343-1 producteur de bases de données).

Cette extension du champ de saisie vise directement des éléments relevant du secret des affaires.

En effet, en l'absence de définition de l'expression « *tout document s'y rapportant* », il semble que le législateur ait voulu inclure toutes les informations nécessaires à la détermination de l'étendue de la contrefaçon et du préjudice en découlant, soit principalement les documents comptables et financiers, les marges brutes, mais également toutes informations quelle que soit leur nature ayant trait au produit contrefaisant.

Enfin, la « *saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants* » permet de révéler les procédés de fabrication du saisi.

L'utilisation de cette procédure peut ainsi permettre à un saisissant déloyal de capter des secrets appartenant à son concurrent sans offrir de garantie de défense et de protection du secret à ce dernier.

Le décret du 27 juin 2008 renforce encore la procédure de saisie, mais en y apportant une garantie quant à la préservation du secret des affaires : « *Le président du tribunal de grande instance peut ordonner, au vu du procès-verbal de saisie, toute mesure pour compléter la preuve des actes de contrefaçon allégués. A la demande de la partie saisie agissant sans délai et justifiant d'un intérêt légitime, il peut également prendre toute mesure pour préserver la confidentialité de certains éléments.* » (Article R521-5 dessins et modèles ; R615-4 brevets ; R716-5 marques ; R722-5 indication géographique ; R623-53-1 obtention végétale).

En cas de détournement de la procédure de saisie-contrefaçon, les garde-fous ou recours ouverts au saisi sont inefficaces à la préservation du secret des affaires.

En effet, la possibilité pour le juge d'exiger la constitution d'une garantie permet uniquement d'assurer l'indemnisation du saisi en cas d'absence de fondement de la procédure ou de son annulation.

Les seules voies ouvertes au saisi contre la procédure de saisie contrefaçon sont l'annulation de la saisie en l'absence d'engagement d'une instance au fond dans les délais fixés par les dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle, la mainlevée ou le cantonnement des effets de la saisie et la procédure de référé en rétractation de l'ordonnance selon les dispositions du droit commun de l'article 497 du Code de Procédure Civile.

En ce qu'ils interviennent postérieurement à la saisie, ces recours ne font pas obstacle à la révélation des secrets d'affaires du saisi et sont inopérants à leur préservation.

Cette absence de garantie offerte au saisi a été renforcée par l'instauration du droit à l'information.

Le Droit à l'information

Toujours animé par un souci de démanteler les réseaux de contrefaçon, le législateur a adapté les dispositions du droit commun de la preuve (articles 138 à 142 du NCPC relatives à l'obtention de pièces détenues par un tiers ou une partie) aux spécificités de l'action en contrefaçon.

Ce faisant, il a introduit par la loi du 27 octobre 2007 un droit d'information au profit des titulaires de droits dans les différents domaines de la propriété intellectuelle (L331-1-2 droit d'auteur ; L 521-6 dessins et modèles ; L615-5-2 brevet ; L623-27-2 obtention végétale ; L716-7-1 marque ; L722-5 indication d'origine).

Le demandeur pourra solliciter de la juridiction saisie la production forcée sous astreinte de documents ou informations, dont l'objet est précisé par les textes :

« *Les documents ou informations recherchés portent sur :*

- *les nom et adresse des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des produits ou services, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants ;*

- les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues ou commandées, ainsi que le prix obtenu pour les produits ou services en cause. »

Cette mesure permet encore une fois l'accès du demandeur à des informations confidentielles, tant économiques que commerciales, détenues par le défendeur ou même par un tiers à la procédure.

En effet, les personnes pouvant être visées par cette mesure ne sont pas nécessairement des parties à l'instance. Le texte vise « *le défendeur ou toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services utilisés dans des activités de contrefaçon ou encore qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services.* »

Bien qu'extrêmement large, ce droit d'information n'est pas absolu et est subordonné à l'absence « *d'empêchement légitime.* »

Alors que cette notion est opposable uniquement selon le droit commun par les tiers enjoins de produire une pièce en leur possession (article 141 du NCPC), la loi du 27 octobre 2007 ne semble pas faire de distinction entre les parties à l'instance et les tiers en possession de ces documents ou informations.

Aucune définition précise de l'empêchement légitime n'est donnée. Il appartiendra à la jurisprudence ou au décret d'application de déterminer si cette notion recouvre celle de « *secret des affaires* ».

Cependant, un parallèle avec la jurisprudence relative aux dispositions des articles 141 et 145 du nouveau Code de Procédure Civile ouvre des pistes de réflexion.

La jurisprudence relative à l'article 141 du même Code reconnaît que le secret professionnel constitue un empêchement légitime à la production d'un élément de preuve (Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987), à moins que la dissimulation de l'élément sollicité « *ne soit dictée par le seul désir illégitime de la personne de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers* » (Civ. 1^{ère}, 19 mars 1991).

De même, la Chambre Commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 Juillet 2003 casse dans toutes ses dispositions l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Nîmes au motif que la banque portait atteinte au secret dont bénéficiaient le ou les tiers bénéficiaires des titres et que le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil.

S'agissant des mesures *in futurum* de l'article 145 du NCPC, la jurisprudence prend soin de mettre en balance l'intérêt de la partie poursuivante et la préservation du secret des affaires.

Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre Commerciale du 5 janvier 1988 (Bull. n° 7), l'expertise comptable demandée (afin de déterminer « *tous faits susceptibles de caractériser des actes de concurrence déloyale* ») aurait permis à la demanderesse, selon la Cour d'Appel, « *de connaître, malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente.* »

La Chambre commerciale a relevé que cette considération avait, avec d'autres, conduit la Cour d'Appel, dans son appréciation de l'utilité de la mesure sollicitée, à constater l'absence de motif légitime.

Enfin, un arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 janvier 1999 (Bull. n° 4) pose en principe que « *le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès*

lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. »

L'analyse de cette jurisprudence conduit à penser à juste titre que le secret des affaires pourra constituer un empêchement légitime à la production forcée des pièces, mais fera l'objet d'une appréciation au cas par cas des intérêts en présence.

c) L'encadrement de la révélation du secret des affaires

Dans le cadre de l'établissement de la preuve de la contrefaçon, une entreprise peut être contrainte de révéler des informations relevant du secret des affaires.

Afin de maintenir l'équilibre entre les intérêts de chacune des parties, il est essentiel que seules les informations utiles au litige soient révélées.

À cet égard, le législateur ou la pratique pourraient s'inspirer de la procédure instituée devant l'Autorité de la Concurrence relative au traitement des informations jugées confidentielles par une partie.

La partie a la possibilité de notifier elle-même à l'Autorité les informations qu'elle estime confidentielles. Le Président de l'Autorité apprécie si la communication de ces informations est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits. En cas de refus de communication des pièces, ces dernières sont retirées du dossier ou certaines mentions occultées.

S'il le juge nécessaire, le Président de l'Autorité peut verser ces pièces dans une annexe confidentielle au dossier, qui ne sera communiquée qu'au commissaire du gouvernement et à la partie mise en cause pour laquelle l'élément est nécessaire à l'exercice de ses droits.

La transposition de cette procédure à l'action en contrefaçon est envisageable, mais nécessite une adaptation en cas d'opposition du secret des affaires au stade de la saisie-contrefaçon.

En effet, si le secret des affaires est invoqué par le saisi lors des opérations de saisie, deux solutions sont concevables :

- soit l'officier instrumentaire procède à la clôture provisoire de ses opérations dans l'attente de la saisine d'un juge, qui statuera sur le caractère légitime de l'opposabilité du secret des affaires par le saisi et de l'étendue de la procédure engagée ;
- soit l'officier instrumentaire élaborera une annexe confidentielle à son procès-verbal de saisie-contrefaçon, qui fera l'objet d'une communication au magistrat saisi au fond du litige, qui décidera de son versement au débat ou non.

Si le secret des affaires est invoqué postérieurement à l'engagement de l'action par voie d'incident, il reviendra au juge de la mise en état d'apprécier les intérêts en présence et de statuer sur la nécessité ou non de la communication des informations.

La mise en place d'une telle procédure permettrait de rétablir l'équilibre entre la nécessité de rapporter la preuve de la contrefaçon et la préservation du secret des affaires, équilibre qui a été ébranlé par la loi du 27 octobre 2007.

Il reste à préserver le fait que le secret des affaires ne doit jamais devenir un concept mais doit être traité au cas par cas.

Les démonstrations et exemples ci-dessus cités peuvent aussi être analysés à contrario.

L'utilisation de la notion de secret des affaires ou d'empêchement légitime peut aussi être masquée pour devenir un moyen d'obstruction.

Le secret des affaires doit être préservé comme doivent l'être les actifs immatériels des entreprises.

Le législateur doit rester cependant lucide sur le fait que le secret des affaires ne doit pas être une arme absolue tel un bouclier empêchant la loi d'être respectée.

La nuance est subtile et les délinquants économiques présentent une agilité à toute épreuve pour détourner les textes légaux au profit de moyens peu loyaux.

Leur capacité de nuisance à opposer un contre-feu par le secret des affaires doit nous obliger à rester très vigilants.

Légiférer sur le secret des affaires afin de favoriser la croissance économique est un devoir, celui de ne pas favoriser les abus aussi.

1.1.1.5. En Droit du secret de défense

Le Code de la défense, en son article L2311-1, protège les informations confidentielles ayant trait à la défense nationale.

1.1.1.6. En Droit pénal

Le Code pénal, en son article L311-1, sanctionne le vol de documents confidentiels en tant que chose matérielle, mais ne réprime pas la violation des données immatérielles confidentielles qui y sont contenues.

L'article L226-13 sanctionne la violation du secret professionnel et l'article L323-7, l'intrusion dans les systèmes informatiques.

Les articles L411-5 à L411-8 répriment la fourniture de renseignements à une entreprise ou puissance étrangère.

1.1.1.7. En Droit administratif – la procédure de la CADA

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, prévoit et garantit le droit des administrés à l'information, en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif.

Elle crée la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), autorité administrative indépendante.

L'administration peut dans certains cas refuser de communiquer le document administratif sollicité.

Tel est le cas des communications susceptibles de porter atteinte aux intérêts privés protégés par la loi (communication interdite à des tierces personnes à l'exception des intéressés) ou s'agissant de secrets en matière industrielle et commerciale (procédés de fabrication, informations économiques et financières, stratégies commerciales).

Les dossiers de marchés publics constituent le champ privilégié d'approche du sujet par la CADA et la mise en place de sa "jurisprudence", suite à un arrêt du Conseil d'État de

2004 dans lequel la Haute Assemblée a sanctionné un agent d'un établissement public qui avait communiqué la totalité des pièces d'un dossier à des entreprises candidates à un marché public.

La Commission a retenu une définition large de la notion de secret des affaires qu'elle définit « *comme un élément susceptible de fausser la concurrence* ». Ainsi sont exclus de la communication les éléments financiers, économiques et commerciaux (y compris la liste des clients), ainsi que les techniques et, plus généralement, tout ce qui se rapporte au "savoir faire".

Le contenu des propositions techniques des entreprises candidates, non retenues *in fine*, est occulté de l'information accessible, de même que les propositions de prix, pour éviter les "alignements tarifaires".

La CADA recommande que les entreprises qui répondent à des appels d'offres sur des marchés publics indiquent les informations qu'elles identifient comme "sensibles" dans leurs propositions, bien que cette qualification ne lie pas l'autorité administrative.

1.1.1.8. La loi dite "de blocage" du 26 juillet 1968

Ce texte interdit aux ressortissants français de fournir à des autorités publiques étrangères, administratives ou judiciaires, des informations pouvant porter atteinte aux intérêts économiques essentiels de la France.

La loi de 1968 a été adoptée dans un contexte moins propice qu'aujourd'hui à la libre circulation des capitaux, des marchandises et des informations, avec le souci de défendre les intérêts généraux de sécurité publique du pays.

Mais, au-delà de ces préoccupations régaliennes, elle peut offrir un outil aux entreprises confrontées à une demande de communication d'informations émanant d'une autorité publique étrangère, lorsqu'elles craignent un détournement des données au profit de concurrents.

Un cas d'application récemment présenté aux autorités françaises concerne une action "*in futurum*" ("*discovery*" dans le droit des États-Unis) engagée par un concurrent américain à l'encontre d'une entreprise française de haute technologie, accusée d'avoir contrefait des brevets du plaignant. L'entreprise française a demandé à l'administration d'opposer la loi de 1968 à la requête du juge américain.

Cette affaire a cependant révélé les limites de l'application de la loi de blocage, dont la portée extraterritoriale n'est pas toujours reconnue, en particulier aux États-Unis.

1.1.2. En Droit Communautaire

Il est indispensable et intéressant d'observer comment le secret des affaires est abordé par les juridictions européennes, ne serait-ce qu'en raison du caractère supérieur des normes communautaires au regard de celles de notre droit national.

Il apparaît d'emblée que leur approche est radicalement différente de celle précitée des juridictions nationales françaises, même si la nécessité de la confidentialité de certaines pièces se heurte également aux impératifs du respect des droits de la défense.

Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes précise ainsi, dans une ordonnance rendue le 10 février 2000 dans l'affaire Galileo et Galileo International que,

relèvent du secret des affaires « *les données sensibles et détaillées, qui **ne sont normalement accessibles ni au grand public, ni même aux milieux spécialisés.*** »

C'est dans une ordonnance du 4 avril 1990 que le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes a défini la procédure à respecter, désormais appelée « **test Hilti** » : pour chaque pièce, le président examine dans quelle mesure seront effectivement conciliés le souci légitime de la requérante d'éviter que ne soit portée une atteinte essentielle à ses intérêts commerciaux et le souci, tout autant légitime, des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits et d'exposer leur thèse devant le Tribunal.

Après avoir examiné si la pièce est confidentielle, il y aura lieu de rechercher si elle est utile, nécessaire ou indispensable à la compréhension du litige. La procédure a été complétée dans une ordonnance du 3 juin 1997 relatif au traitement confidentiel de pièces concernant un tiers au litige, le Tribunal n'étant pas lié par l'accord de confidentialité passé par la partie au litige et ce dernier.

Des ordonnances plus récentes rendues à la suite de cette jurisprudence permettent de mieux cerner encore la notion de secret des affaires.

Le règlement CE sur le contrôle des concentrations crée des obligations de confidentialité applicables aux fonctionnaires communautaires et nationaux ayant à traiter des dossiers et interdit la publication des informations déclarées comme sensibles par les entreprises concernées.

Ainsi, au moment où la jurisprudence française ne fait plus référence au secret des affaires que comme l'un des éléments du motif légitime permettant d'apprécier la légitimité du recours à l'article 145 du NCPC et alors que certains textes et décisions judiciaires citent le secret des affaires sans jamais le définir, les normes et la jurisprudence européennes l'érigent quasiment en dogme.

1.1.3. En Droit américain : l'Economic Espionage Act ou "Cohen Act"

Le Cohen Act de 1996 assure une protection renforcée des entreprises et des particuliers contre le vol du secret des affaires en prévoyant de lourdes sanctions à l'égard des contrevenants.

Cette loi établit un système juridique répressif inédit qui réprime le vol d'information confidentielle à valeur économique et qui consacre la notion de secret d'affaires.

Son article 1839 édicte une définition du « secret d'affaires ».

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.* »

Une condition supplémentaire doit cependant être remplie pour que la protection de l'information soit valable : « *le titulaire de l'information doit avoir pris des mesures raisonnables pour maintenir le secret.* »

L'application de cette condition demeure toutefois sujette à des interprétations complexes, du fait que le caractère raisonnable des mesures dépend simultanément de plusieurs éléments distincts : le secteur d'activité considéré, la valeur de l'information et les conséquences potentielles du vol.

Le Cohen Act assure donc une protection réelle du patrimoine informationnel de l'entreprise.

La procédure est rapide et peu coûteuse, le Ministère public supportant les frais de justice et d'investigation.

Toutefois, même si le système pénal américain est relativement avancé en matière de protection de l'information, la notion de secret d'affaires demeure encore difficile à cerner avec rigueur et précision et laisse subsister des incertitudes quant à la qualification précise des actes punissables.

En outre, depuis l'entrée en vigueur du Cohen Act, peu de décisions de justice ont été rendues pour en apprécier pleinement l'impact, et les sanctions prononcées ont été faibles, ce qui ne manque pas de surprendre.

1.2. La protection découlant des obligations contractuelles

Outre les textes juridiques et la jurisprudence, le droit des obligations peut apporter sa contribution à la sécurisation des informations en délimitant un périmètre de protection.

En dehors de toute réglementation, les parties sont ainsi libres d'aménager contractuellement la protection de la confidentialité de leurs propres données stratégiques.

En effet, ne faisant que rarement référence *stricto sensu* au « secret des affaires », la pratique des « clauses ou accords de confidentialité » relative à la protection de telles informations s'est considérablement développée sur les plans national et international.

Mais l'ensemble des systèmes normatifs ne définit pas de manière spécifique cette pratique contractuelle et ne l'encadre que de manière limitée.

En Droit Français, seules quelques dispositions du Droit du travail et du Droit de la Défense s'y réfèrent, en s'appuyant sur certains principes du Droit Européen des Contrats et du Droit International.

Quant aux juges, leur intervention demeure marginale en raison du faible nombre d'actions en justice engagées par les parties qui s'estiment lésées.

En pratique, la liberté des parties est telle qu'elles ont créé des obligations au secret, tantôt étendues comme le secret *stricto sensu* consistant en l'absence totale de divulgation des informations communiquées par le contrat, tantôt limitées à une divulgation sélective et restreinte de l'information.

La liberté contractuelle est de mise dans ce domaine, aussi bien pour définir que pour organiser la protection de la confidentialité du « secret des affaires ».

Le Droit Français tout comme le Droit Communautaire et le Droit International ne donnent aucune définition générale, ni n'encadrent spécifiquement la pratique des clauses de confidentialité relative aux secrets des affaires.

En Droit français, ce cadre est restreint. Il ne s'applique que lorsque les informations relèvent de la protection de la Défense nationale ou lorsqu'il existe un secret de fabrique que tout salarié est tenu de respecter au titre de son contrat de travail.

À la différence du Droit français, le Droit Communautaire et le Droit International reconnaissent de manière explicite l'existence et la validité des clauses de confidentialité, quel que soit le domaine de l'information protégée par ces clauses.

De manière générale, la nature aléatoire de l'obligation du receveur de l'information confidentielle peut sérieusement mettre en cause l'efficacité de telles conventions, quel que soit le droit applicable.

Le respect de ces obligations s'avère difficile à imposer au débiteur qui ne pourra que difficilement être tenu pour responsable en cas de violation de son obligation de confidentialité.

Les principes juridiques font peser la charge de la preuve de l'existence de l'obligation de confidentialité et de sa violation sur le créancier.

Cependant, si l'obligation du débiteur est une obligation de ne pas faire, il suffit pour le créancier lésé d'apporter la preuve de l'acte positif de divulgation commis par le débiteur.

Or, cette preuve s'avère difficile à rapporter car l'objectif du débiteur était l'absence de divulgation de l'information stratégique et non la protection de la confidentialité. De fait, ceci conduit à reporter en réalité sur le créancier l'obligation d'assurer lui-même la sécurité de l'information.

Distinguer ce qui est exclusivement imputable au débiteur de ce qui ne l'est pas est donc une tâche complexe. La difficulté s'accroît lorsqu'il existe une pluralité de confidentiels.

S'il s'agit, en outre, d'une obligation de faire, il incombe également au créancier de prouver que le débiteur n'a pas tout mis en œuvre pour protéger l'information qu'il lui avait confiée.

Même à supposer que la preuve de cette défaillance soit établie, l'évaluation du préjudice reste une tâche très difficile à réaliser. Il semble impossible de connaître avec précision les conséquences concrètes de la perte d'un secret qui constitue un actif immatériel.

Lorsque le dommage économique doit s'apprécier au regard du gain manqué, la perte d'une information stratégique ne peut avoir que des conséquences hypothétiques, ce qui rend son évaluation d'autant plus incertaine.

Ainsi, les conditions d'engagement de la responsabilité du débiteur fautif semblent difficiles à réunir et la protection que l'on peut donc attendre des accords de secret reste faible et aléatoire.

1.3. La réparation de la violation du secret des affaires par le droit commun

Les moyens de droit existants permettent de définir et de sanctionner les atteintes au secret des affaires sur le terrain de l'abus de droit (a) et/ou de la concurrence déloyale (b).

1.3.1. L'abus de droit

L'abus de droit est une notion jurisprudentielle classique, qui permet de sanctionner tout usage d'un droit qui dépasse les limites des mesures raisonnables.

L'exercice d'une voie de droit devient fautif et constitue une manœuvre dilatoire dès lors qu'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou encore une erreur grossière équipollente au dol.

L'article 32-1 du NCPC sanctionne sur ce fondement l'abus du droit d'agir en justice.

Selon la jurisprudence, une saisie-contrefaçon, par exemple, est tenue pour abusive lorsque :

- la saisie, suivie d'un rejet de l'action au fond, s'est déroulée dans des conditions abusives ;
- le saisissant ne pouvait se méprendre sur l'absence de ses droits.

En cas d'appréhension d'informations ou documents susceptibles de relever du secret des affaires au cours de la saisie, les magistrats distinguent le cas où le secret portait effectivement sur les moyens argués de contrefaçon et pouvait être appréhendé sans abus, de celui où le secret appréhendé était étranger à la preuve d'une éventuelle contrefaçon.

L'examen porte sur la nécessité de la procédure au regard de la preuve de la contrefaçon.

Cette notion pourrait également être utilisée en cas d'abus dans l'opposition du secret des affaires, mais la preuve de cet abus sera difficile à rapporter. Si les documents non communiqués par le saisi au nom du secret des affaires ne sont pas versés au débat, il sera impossible de les qualifier et d'affirmer que rétention est abusive.

Pour qualifier l'abus du saisi, la production des pièces, soit la divulgation du secret, est nécessaire.

1.3.2. La concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale permet de sanctionner, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, les manquements aux usages loyaux du commerce, lorsqu'ils interviennent entre entreprises.

En principe, les trois conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle doivent être réunies :

- la faute (dénigrement, désorganisation, imitation, parasitisme)
- le préjudice (dégradation de l'image de l'entreprise, diminution du chiffre d'affaires)
- le lien de causalité.

En matière de concurrence déloyale et de parasitisme, la faute se manifeste par tout acte contraire aux usages du commerce, traduisant un excès dans l'utilisation de la liberté du commerce et de l'industrie.

La faute en cas d'atteinte déloyale au secret des affaires pourrait être caractérisée, par exemple, du fait de l'engagement d'une procédure de saisie-contrefaçon dans l'unique but d'avoir accès à une information stratégique appartenant à un concurrent. La démonstration de l'intention fautive du saisissant sera donc déterminante.

Le préjudice pourrait relever de l'utilisation de l'information obtenue dans le cadre de la saisie par le saisi non pour déterminer la contrefaçon ou son préjudice, mais à des fins commerciales (par exemple l'utilisation du fichier clients saisi pour démarcher de nouveaux clients pour son propre produit). La preuve de l'utilisation déloyale de l'information s'avèrera cependant difficile à rapporter.

En conclusion, l'adaptation des moyens de droit existants à la définition et la sanction de l'atteinte au secret des affaires est efficace, mais ne constitue pas une protection adéquate du secret. Ces moyens permettent uniquement de réparer le préjudice lié à l'atteinte au secret. Ils interviennent donc *a posteriori*, une fois le secret divulgué. Or, la valeur économique d'un secret disparaît avec sa divulgation, car il est impossible de revenir à l'état antérieur.

Prévoir une réparation de l'atteinte au secret par le détournement des procédures judiciaires est nécessaire, mais non primordial. L'essentiel pour les acteurs économiques est de prévenir l'atteinte au secret par l'instauration des procédures permettant de garantir avant tout procès et au cours de la procédure le respect du secret des affaires.

1.4. Le bilan

De l'analyse ci-dessus, il ressort que la notion même de « secret des affaires » a donné lieu à une interprétation jurisprudentielle vague et diffuse qui a permis d'éviter, dans un seul cadre procédural et de façon fortuite, la divulgation d'informations sensibles détenues par une entreprise.

Il faut relever, toutefois, que dans ces diverses situations, le juge s'est attaché à ne donner aucune définition du secret des affaires, qui reste donc une notion cadre et finalement assez vague.

Par ailleurs, s'agissant de la protection des informations stratégiques de l'entreprise, des incriminations existent déjà qui peuvent être utilisées pour sanctionner des atteintes. Tel est notamment le cas de la violation du secret de fabrique, du secret professionnel, du secret bancaire ou de la communication de documents ou de renseignements intéressant la Défense nationale, prise au sens le plus large, à des personnes physiques ou morales étrangères.

Mais il ne s'agit donc pas là d'une protection de l'information confidentielle par un droit "*sui generis*".

Quoi qu'il en soit, il semble que la notion de secret d'affaires ne puisse se réduire à une définition précise qui, du reste, ne paraît pas aisée à circonscrire.

En effet, l'inconvénient majeur de figer un concept se rapportant à un domaine évolutif est de ne pas être adapté aux particularités très diverses du monde des entreprises. Cette difficulté est d'ailleurs soulignée par la jurisprudence qui statue toujours en la matière sur des cas d'espèce.

Quant aux obligations contractuelles, elles ne protègent guère le titulaire de l'information confidentielle contre l'abus de confiance qui permettra à un tiers de capter cette information pour l'exploiter à son profit dans la mesure où le Droit peine à reconnaître la violation des obligations contractuelles liant autrui comme un délit propre.

Par conséquent, les informations sensibles et confidentielles de l'entreprise sont protégées aujourd'hui par un ensemble de textes et de jurisprudences dont la cohérence et l'efficacité restent très imparfaites.

II Les solutions possibles

2.1 Les orientations

Un consensus se dessine désormais pour combler les lacunes actuelles du système français tout en recherchant un juste équilibre entre la protection des intérêts de l'entreprise et le respect des contraintes de publicité.

Dans cette perspective, il convient aussi tenir compte du fait que certains risques ne présentent pas nécessairement que des aspects négatifs.

Le constat établi dans la première partie de ce rapport montre que tous les aspects du droit sont concernés par le secret des affaires. L'État, dans son devoir de protection des entreprises établies en France, a un rôle déterminant, car il peut adapter la législation et la réglementation. Le groupe de travail a identifié deux domaines qui lui semblent prioritaires : le droit civil (1) et le droit pénal (2).

Mais, en sus de ce travail législatif, il semble également opportun d'engager des actions en direction des acteurs économiques eux-mêmes et des magistrats qui seront chargés d'évaluer le préjudice et de sanctionner les abus (3). Enfin, une réflexion semble nécessaire sur les obligations de transparence, qui constituent parfois un devoir légal de divulgation de secrets d'entreprises (4).

2.2. Les voies civiles

2.2.1. Les mesures d'aménagement de la procédure civile

Le problème de la protection des secrets d'affaires se pose notamment dans le cadre de la garantie des droits de la défense.

A cet égard, il est nécessaire de corriger certaines faiblesses du mécanisme juridictionnel français en matière civile en se rapprochant des procédures qui existent déjà devant l'Autorité de la concurrence et de celles qui ont été mises en place par les juridictions Européennes.

En effet, dans l'hypothèse d'un contentieux en matière de détournement d'information ou de non respect d'une obligation de confidentialité, le succès de l'action en justice autant que l'obligation légale du contradictoire imposent au demandeur à l'action de dévoiler l'information qu'il estimait confidentielle afin que le préjudice né de l'appropriation illicite de l'information ou de la divulgation fautive de celle-ci soit prouvé et donc réparé.

Or, contrairement à la procédure civile, la procédure actuelle devant l'Autorité de la Concurrence se révèle plus protectrice car elle repose sur la possibilité pour la partie lésée de notifier elle-même à l'Autorité les informations qu'elle estime confidentielles.

Ce dernier doit apprécier quelles sont les informations nécessaires à la procédure et qui doivent donc être communiquées à la partie adverse.

Les juridictions communautaires sont également très soucieuses de la protection des secrets d'affaires comme en témoigne l'ordonnance du 4 avril 1990 rendue par le Tribunal de première instance des Communautés Européennes, qui a défini la procédure à respecter, désormais appelée « test Hilti » (cf. supra 1.1-2 et annexe).

Cette procédure prévoit que, pour chaque pièce du dossier, le président du Tribunal examine dans quelle mesure seront effectivement conciliés la préoccupation de la requérante d'éviter que ne soit divulguée une information confidentielle et stratégique qu'elle détient et l'objectif des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins de développer leur argumentation et d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits.

Il y aura lieu de rechercher si cette information est utile, nécessaire ou indispensable à la compréhension du litige. La procédure a été complétée par une ordonnance du 3 juin 1997 relative au traitement confidentiel de pièces concernant un tiers au litige, le Tribunal n'étant pas lié par l'accord de confidentialité passé par la partie au litige et ce dernier.

Pour plus d'efficacité et pour éviter d'augmenter l'encombrement actuel des juridictions, Il conviendrait de transposer ces procédures à des formations juridictionnelles spécialisées dans le secret des affaires devant lesquelles la procédure serait spécifique.

Le recours à des juges appartenant à un pôle de compétence dédié au secret des affaires et qui seraient, dans l'exercice de leurs fonctions, les gardiens de la confidentialité de certaines pièces du dossier, permettrait un contrôle efficace et pragmatique de celles-ci et un traitement équitable des litiges, dans le respect des droits de la défense.

Compte tenu de l'analogie des principes juridiques applicables tant à la Propriété Intellectuelle qu'aux secrets d'affaires, une solution pourrait consister à regrouper le traitement de ces matières au sein d'une même et unique juridiction spécialisée dans le contentieux relatif aux actifs immatériels.

La protection du secret des affaires, les règles de la libre concurrence, ainsi que la liberté contractuelle pourraient être ainsi respectées et conciliées.

2.2.2. La transposition en France de l'article 39 de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ADPIC)

L'accord ADPIC est un accord international adopté au sein de l'OMC le 15 avril 1994. Cet accord vise les biens dits intangibles en tant qu'objet de propriété de leurs créateurs et de leurs ayant droits, c'est à dire des actifs au sens des règles comptables.

Son article 39 prévoit la protection effective des informations confidentielles qui sont la propriété exclusive de leur détenteur (proprietary information). Ces informations sont qualifiées de « *renseignements non divulgués* » (Business confidential information) que l'on peut traduire par « secrets d'affaires ».

L'inclusion des secrets d'affaires dans l'ADPIC est une innovation majeure car jusqu'alors aucune convention multilatérale ne les protégeait expressis verbis.

L'article 39 ADPIC est, à la fois, une consécration internationale de l'importance économique du secret en affaires et un manifeste pour la protection de ces secrets dans le sens de l'intérêt public.

L'article 39, alinéa 2 définit les trois conditions que doit remplir une information pour constituer un secret :

- n'être ni connue de personnes appartenant aux milieux qui traitent normalement le domaine de cette information, ni leur être facilement accessible, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments,
- avoir une valeur commerciale parce qu'elle est secrète,
- avoir fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la conserver secrète.

Selon cet article, le fondement de la protection du secret se trouve notamment dans le recours à la doctrine juridique de l'enrichissement sans cause et de la piraterie pour sanctionner les contrevenants.

Plus précisément, la captation d'un secret constitue de façon universelle un acte contraire aux « *usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* » selon l'article 10 de la Convention d'Union de Paris à laquelle se réfère l'accord ADPIC.

Selon l'accord ADPIC, les secrets d'affaires doivent donc être protégés par des droits absolus vis à vis des actes de « vol » et de « détournement » sans limitation dans le temps et sans formalité d'enregistrement.

Les dispositions de l'accord ADPIC englobent la pratique juridique américaine de protection des secrets d'affaires qui s'appuie sur le « Cohen Act » et les conceptions européennes de la concurrence déloyale et des usages commerciaux honnêtes.

Cet accord en proposant une définition cohérente et pragmatique du secret des affaires pourrait former un socle solide pour l'élaboration d'un système de protection renforcé des secrets d'affaires au plan national.

2.2.3. L'aménagement du Code Civil

Les atteintes aux secrets des affaires constituent des infractions manifestes au droit de la concurrence. Elles se caractérisent par des actes de concurrence déloyale qui ne sont visés, toutefois, par aucune disposition spécifique du Code Civil.

De nouvelles dispositions pourraient donc être introduites dans le Code Civil, en complément des dispositions de l'art L 463-4 du Code de commerce, de façon à mieux circonscrire les conséquences dommageables de la violation du secret des affaires.

De telles dispositions pourraient prendre la forme d'un nouvel article ainsi conçu :

« 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 ».

2.3.4. Le renforcement du mécanisme de réparation

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.

2.3. La voie pénale

Il peut être rappelé, à titre liminaire, que la sanction pénale d'un comportement n'est nullement exclusive d'une réparation civile pour la victime, qui peut agir devant la juridiction répressive en se constituant partie civile.

Il ressort ensuite que les entreprises hésitent à engager des actions pénales du fait, d'une part, de ce que leur image médiatique pourrait en être affectée par l'aveu d'un défaut de protection des informations et, d'autre part, que le déclenchement de la procédure implique la recherche par le juge de la réalité des faits et donc la mise à jour d'autres éléments éventuellement confidentiels ou la conduite de mesures de perquisition sur les lieux.

Cependant, l'existence de sanctions pénales fait partie des mesures de dissuasion et ne doit donc pas être sous-estimée.

Au surplus, le droit pénal confère des moyens d'investigation plus larges et plus efficaces que le droit civil.

2.3.1. Le contexte politique

Le rapport sur l'intelligence économique, la compétitivité et la cohésion sociale, établi en 2003 à la demande du Premier Ministre Jean-Pierre Raffarin par le député M. Carayon, relevait déjà les déficiences du système législatif français en matière de protection des secrets d'affaires et préconisait l'adoption d'un mécanisme répressif inspiré du "Cohen Act" américain.

Ce rapport s'inscrivait lui-même dans le prolongement des analyses du rapport Martre (1994) et de celui du Conseil Économique et Social (1995), en reprenant les critiques déjà formulées tant par de nombreux industriels et entrepreneurs français que par les spécialistes de l'intelligence économique.

Ces critiques portaient notamment sur les carences publiques (retrait de l'État en France dans un domaine vital occupé à l'étranger par des gouvernements nationaux attentifs à la prééminence de leurs entreprises dans l'activité mondiale), sur les défaillances privées (manque d'intérêt des entreprises pour l'intelligence économique) et sur le développement de pratiques douteuses observées de la part d'entreprises le plus souvent internationales, dépourvues de scrupules dans leur recherche de profit et de position dominante pour orienter les stratégies et les flux.

Toutefois, dans un contexte de pénalisation jugé excessif et contraignant de la vie des affaires, le Chef de l'État a souhaité inverser la tendance en travaillant sur une Loi de dépenalisation du droit des affaires.

Un groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Paris, a donc été installé par le Ministre de la Justice en octobre 2007 afin de faire des propositions dans ce sens.

Cependant, ces travaux visent essentiellement le délit d'abus de biens sociaux et n'ont pas pour objectif de revenir sur les autres mesures encadrant la vie des affaires, et notamment les sanctions réprimant les délits d'initié ou l'abus de confiance.

Bien au contraire, la volonté des milieux d'affaires et celle des parlementaires est de renforcer les mécanismes de protection existants en matière d'information économique sensible, en recherchant des solutions juridiques et judiciaires permettant de contrer les menaces de piratage et de détournement et de crédibiliser par là l'économie nationale.

2.3.2. Le contexte juridique

Le système répressif français est fondé sur le Code pénal, dont l'article L 311-1 vise le délit de vol défini comme étant « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.* »

Dans le droit positif, la « chose » visée est un bien meuble, ce qui exclut les biens immobiliers et, par voie de conséquence, les biens immatériels tels que l'information et les connaissances.

Dans la jurisprudence, même l'arrêt Logabax (Cassation Chambre criminelle - 8 janvier 1979), souvent cité, qui traitait d'un vol de document, doit être interprété comme s'intéressant au vol du support matériel et non à l'information elle-même qui y était présentée.

Le Code de la Propriété intellectuelle, en son article L 621-1, prévoit bien le délit de violation du « secret de fabrique ». Mais cet article ne s'applique qu'en relation avec l'article L 152-7 du Code du travail, pour les seuls employés de l'entreprise détenant le secret.

En outre, la notion de secret ne s'applique ici qu'à des informations relatives aux procédés industriels.

Par conséquent, à ce jour, le vol d'informations stratégiques ou la violation du secret d'affaires, quelque soit la nature de ces informations, n'a pas de base légale en Droit français pour permettre l'application d'une sanction par un mécanisme répressif.

La création d'un nouveau délit dit « violation du secret d'affaires » nécessiterait l'élargissement du champ de l'article L 311-1 CP aux biens immatériels.

Cette réforme pourrait s'effectuer par transposition de l'accord ADPIC.

Cela supposerait, toutefois, de démontrer que les actes conduisant au vol d'informations confidentielles détenues par une personne physique ou morale doivent être considérés comme portant atteinte aux intérêts du public.

Dans la mesure où ces secrets ont une portée économique pour leur détenteur, il pourrait être argué du fait que la disparition de l'exclusivité entraîne une baisse de compétitivité et des risques de crise financière et sociale pour l'entreprise et donc pour l'économie nationale.

Le « délit d'initié » en droit boursier, qui concerne l'usage d'une information confidentielle à des fins d'enrichissement personnel répond à la même logique.

2.3.3. L'impact de la pénalisation du vol de secret d'affaires

Trois effets résultent de la pénalisation.

2.3.3.1. Un effet pédagogique

L'application de mesures répressives à la violation du secret d'affaires conduirait les entreprises à prendre conscience de la valeur des informations non divulguées qu'elles détiennent, et à sécuriser ces informations en restreignant les risques de fuites.

Cela aurait aussi une action de sensibilisation du public sur l'importance du secret dans l'économie en général.

2.3.3.2. Un effet dissuasif

La menace d'une sanction correspondant à une peine d'emprisonnement et/ou une forte amende constitue un facteur de réduction des comportements délictuels.

On peut donc espérer qu'un système répressif efficace dissuadera les personnes mal intentionnées, tant à l'intérieur de l'entreprise qu'à l'extérieur, de détourner des informations confidentielles à leur profit ou à celui d'un tiers et entraînera des changements de comportements dans le monde des affaires.

Dans le cadre d'un appel d'offres, par exemple, la responsabilité pénale des dirigeants ou des élus locaux pourrait être engagée si des actes de détournement ou de recel d'informations sensibles étaient constatés.

Le délit d'initié en droit boursier a déjà conduit à un tel résultat.

2.3.3.3. Un effet économique

La pénalisation de la violation du secret d'affaires devrait s'accompagner d'une procédure d'instruction conduite par un magistrat disposant d'un réel pouvoir d'investigation.

Par conséquent, la recherche de preuves s'effectuerait dans le cadre d'une enquête en utilisant les moyens de la police judiciaire et, en particulier, les moyens informatiques dont disposent les brigades luttant contre la cybercriminalité ou le piratage informatique.

Cette procédure serait donc prise en charge par le ministère public et son coût ne serait pas imputé à l'entreprise plaignante.

Enfin, depuis la Loi du 5 mars 2007, la règle « le pénal tient le civil en l'état » a été abrogée.

Dans ces conditions, la procédure civile qui vise la réparation du préjudice subi pourrait être engagée en parallèle et sans attendre la décision du tribunal correctionnel.

2.4. Les mesures de protection, de sensibilisation et de partage

2.4.1. Les mesures de sécurité informationnelle

La compétitivité de nombreuses entreprises dépend presque exclusivement des secrets d'affaires bien que, dans la plupart des cas, ces entreprises et, en particulier, les petites et moyennes entreprises, n'en sont même pas conscientes.

Il est donc essentiel de veiller à ce que toutes les mesures soient prises, à l'intérieur de l'entreprise, pour protéger efficacement ses secrets.

Il faut donc sensibiliser les entreprises et les inciter à prendre les mesures suivantes :

- l'adoption d'un programme de sécurité et de protection de l'information dans l'entreprise ;
- la formation et la sensibilisation du personnel sur la politique générale de l'entreprise en matière de divulgation de l'information interne ;
- l'identification des informations sensibles qualifiables en tant que secrets d'affaires et leur classement par ordre de valeur ;
- l'introduction de clauses de confidentialité dans les contrats de travail et le recours aux accords de secret dans les relations avec des partenaires extérieurs ;
- l'établissement d'un système de gestion sécurisé des informations numériques du réseau intranet.

En complément des mesures énoncées ci-dessus, l'entreprise peut renforcer son dispositif de protection par la mise en place de procédures internes de classification, de traitement, de stockage et de destruction des documents confidentiels.

Une règle d'organisation particulièrement efficace consiste à cloisonner les responsabilités de sorte que les informations détenues par chaque personne demeurent parcellaires.

2.4.2. La formation des magistrats à l'intelligence économique

Ainsi qu'il résulte du présent rapport, l'exercice d'actions judiciaires s'explique souvent dans certaines matières par l'opportunité d'obtenir, par le biais de l'accès au dossier et du respect des droits de la défense, la communication « légale » de documents confidentiels, recélant des secrets d'affaires auxquels il n'aurait pas été possible d'accéder autrement.

C'est la raison pour laquelle il est suggéré de créer des procédures adaptées, notamment en matière civile.

Cette création ne saurait cependant se suffire à elle-même, d'autant qu'en matière pénale, elle ne paraît pas possible, la situation se trouvant aggravée par la possibilité de mettre en mouvement l'action publique devant le juge d'instruction en ayant recours à la procédure de constitution de partie civile, dont les abus devraient par ailleurs être plus systématiquement sanctionnés.

Il apparaît dès lors essentiel que l'attention des magistrats soit appelée sur les dangers d'instrumentalisation dont ils peuvent être l'objet et sur les véritables enjeux des affaires qu'ils ont à traiter. La création de juridictions spécialisées ne pourrait que faciliter leur sensibilisation, notamment en leur donnant l'expérience nécessaire et en leur permettant de se sentir très concernés par la diffusion de circulaires adaptées.

Il paraît également nécessaire d'inviter l'École Nationale de la Magistrature à mettre en place des modules de formation, que ce soit au stade de la formation initiale ou à celui de la formation continue. Ces formations pourraient être organisées par le Haut Responsable chargé de l'Intelligence Economique et dispensées par ses collaborateurs, les avocats spécialisés dans ces matières et les magistrats qui ont été appelés à traiter de tels dossiers ou à réfléchir à cette problématique, ainsi que tous autres intervenants, tels les fonctionnaires des Douanes qui, par leurs fonctions, ont acquis une réelle expérience.

Il conviendrait également de prendre en considération la sensibilisation et la formation de ceux qui assistent les magistrats, en particulier, des experts judiciaires.

2.4.3. Le secret partagé

Il apparaît indispensable de créer en France un véritable droit du secret et notamment une législation sur le secret partagé.

En matière de prévention et de lutte contre la criminalité financière, le blanchiment et le financement du terrorisme, l'État devrait favoriser la mise en place d'un droit de l'intelligence économique permettant notamment aux professionnels de collecter et de pouvoir échanger légalement, dans certaines conditions, des informations et de les traiter de façon automatisée sans voir leur responsabilité civile, pénale et administrative mise en cause. Ceci se ferait par l'édiction de dispositions légales et réglementaires et la mise en place de pratiques déontologiques.

Un des axes d'action pourrait être le recours à un mécanisme comme le secret partagé, car l'absence de partage peut tout aussi bien conduire à la commission d'infractions qu'au conflit de secrets dont l'utilisation est souvent détournée.

Une législation sur le secret partagé obligerait à identifier et à habilitier dans les établissements les personnes chargées de recueillir, de transmettre et de traiter les informations. Ces personnes peuvent être les correspondants anti-blanchiment déjà identifiés auprès de l'autorité de tutelle et de l'unité de renseignement financier. Cela reviendrait à parfaire leurs habilitations pour échanger des informations entre elles comme avec les services de renseignement ou de poursuite.

Au surplus, en raison de la multiplicité des secrets visés par de nombreuses législations (secret bancaire, secret médical, secret professionnel des professions juridiques et comptables, secret statistique...), il y aurait lieu d'opérer une refonte de ce droit, ne serait-ce que pour aboutir, non seulement à un regroupement des textes voire à une codification, mais aussi à une cohérence dans les incriminations et même comme dans certains pays, à un véritable « droit du secret ».

2.4.4. La réforme de la loi “de blocage” de 1968

Les lacunes de ce texte, exposées au point 1.1.1.8. ci-dessus, s'expliquent par la difficulté à faire admettre par une juridiction étrangère que l'État s'oppose à la production par une entreprise française de documents pouvant concourir à la solution d'un litige.

L'interdiction de portée générale, certes tempérée par l'invitation à recourir à la coopération judiciaire dans le cadre de la convention de La Haye, peut paraître disproportionnée, et est en tous cas jugée comme telle par les tribunaux américains.

Or, en l'absence d'une interdiction de ce type, les entreprises françaises sont exposées au risque de devoir produire des informations extrêmement sensibles sur requête d'un juge saisi d'une action “*in futurum*”.

Il serait sans doute judicieux de réfléchir, une fois que le secret des affaires aura reçu une définition législative, à l'adaptation de la loi de 1968, pour la centrer sur les documents et informations dont la divulgation porterait atteinte aux intérêts essentiels de l'entreprise. Une prohibition ainsi resserrée serait en effet sans doute plus acceptable pour les juridictions étrangères.

Cette mesure pourrait judicieusement être complétée par un amendement des accords bilatéraux de coopération judiciaire signés avec de nombreux pays, dans lesquels une clause spécifique aux secrets d'affaires serait incluse.

2.4.5. Le cas particulier des actionnaires et l'action des fonds d'investissement

Lors de l'acquisition d'une entreprise, tous les actifs de celle-ci, y compris les actifs immatériels, sont inclus dans la transaction.

A ce stade la valorisation du secret correspond à des critères de diffusion. Plus il est partagé plus sa valeur est faible pour l'entreprise qui le détient. C'est pourquoi il est dans l'intérêt du vendeur de dissuader la divulgation des secrets. A cette fin l'entreprise doit définir les droits d'accès et les devoirs de préservation du secret qu'elle doit s'appliquer ; Elle doit également conserver la trace de sa communication ainsi que l'identité de chaque personne physique ou morale qui aura pu ou souhaité y avoir accès. Ce registre permettra au futur acheteur d'évaluer la valeur financière des secrets et de conforter la pérennité de l'entreprise en dissuadant les actionnaires et gestionnaires de les révéler sans nécessité.

Lors d'une opération réalisée entre deux entreprises industrielles, la logique économique veut que, même en l'absence de fusion/absorption, l'actionnaire qui en a acquis le contrôle ait la libre disposition des informations, brevets, procédés et savoir-faire de l'entité rachetée.

S'agissant des fonds d'investissement, la situation est différente, car ces derniers acquièrent sur les marchés financiers ou hors des marchés régulés tout ou partie du capital d'entreprises cibles dans le but de réaliser un profit (plus-value) au moment de leur revente. Dans ce cadre, certains de ces fonds ont un comportement prédateur, qui peut conduire à la spoliation de la propriété intellectuelle et à la captation de secrets d'affaires, au profit d'entreprises tierces, avec lesquelles ces fonds ont parfois partie liée.

Actuellement, l'état du droit n'offre pas d'outils opposables *a posteriori* aux manœuvres destructrices d'un fond d'investissement, c'est-à-dire une fois que celui-ci est devenu actionnaire principal de l'entreprise.

Des fonds activistes peuvent également déstabiliser une entreprise en révélant et diffusant des informations irrégulièrement obtenues, dans le but de réaliser plus aisément une prise de contrôle. Pour y faire face, la société sera amenée à révéler des éléments jusque-là confidentiels ou secrets sur sa stratégie, ses dirigeants, ses statuts.

Il est donc essentiel de sensibiliser les entreprises à la nécessité d'accorder une grande attention à la rédaction de leur statut, qui contient de nombreuses dispositions pouvant, soit être exploitées par l'actionnaire hostile, soit, au contraire, offrir des armes de défense : révocation des dirigeants, possibilités de proposition de résolution, accès aux assemblées générales, seuil minimum du nombre d'actionnaires nécessaire à une demande de convocation d'assemblée générale ou de proposition de résolution, émission d'actions nouvelles, désignation et nombre des administrateurs, et, s'agissant des informations confidentielles, définition des droits d'accès et des devoirs de préservation du secret s'imposant aux organes dirigeants et représentants des actionnaires.

Ces mesures de précaution ne visent pas à bloquer l'arrivée de nouveaux actionnaires, qui est d'ailleurs difficile à contrôler lorsque la société est cotée : elles sont conformes au droit de la concurrence internationale, et ne doivent pas avoir pour effet de dissuader d'accueillir dans les meilleures conditions possibles les investisseurs internationaux tant

l'apport de capitaux étrangers reste essentiel à la santé de notre économie. Les mouvements de capitaux massifs réalisés, par exemple par les fonds souverains, sont des facteurs structurant de l'organisation capitaliste et industrielle française, notamment en terme d'emploi, et le législateur est dans son rôle lorsqu'il envisage l'éventail des conséquences et donc des règles qui doivent les accompagner. Il doit trouver le point d'équilibre entre deux nécessités : maintenir intacte l'attractivité de la nationalité française des entreprises et la protéger si celles-ci sont reprises par des capitaux étrangers.

Il serait souhaitable qu'à l'occasion de l'amélioration de la protection du secret des affaires préconisée par le présent rapport, un effort de sensibilisation des juridictions compétentes soit parallèlement accompli pour rechercher la sanction la plus sévère des comportements spoliateurs, lorsqu'ils sont le fait d'actionnaires peu scrupuleux qui ont réalisé un investissement contre le gré de l'équipe dirigeante en place ou qui ont ultérieurement pris le pouvoir dans l'entreprise par un coup de force.

Sans attendre qu'une telle action soit engagée, les entreprises, et en particulier les PME non cotées, peuvent trouver des conseils sur les précautions à prendre lors de l'ouverture de leur capital et sur la sélection des fonds d'investissement, dans un guide pratique réalisé à leur attention par le Haut responsable chargé de l'intelligence économique, et publié sur son site internet (www.intelligence-economique.gouv.fr).

L'État, quant à lui, continuera à veiller à ce que des situations de dépendance stratégique dans les domaines de la défense nationale et de la sécurité publique ne surviennent pas, par une application rigoureuse des dispositions du code monétaire et financier relatives au contrôle des investissements étrangers.

2.5. Les obligations de transparence

Il s'agit des informations que la loi ou le règlement obligent certains opérateurs économiques à publier, dans l'intérêt de tiers.

La plus commune est le devoir de publication, au Greffe du tribunal de commerce, du bilan et des comptes annuels des sociétés (SA, SARL, certaines SNC) immatriculées.

Le dépôt d'un brevet, d'autre part, est accompagné d'une description précise des processus techniques et industriels qu'il s'agit justement de protéger.

Les sociétés cotées sur une bourse de valeurs ont par ailleurs l'obligation de fournir des informations beaucoup plus détaillées, non seulement sur leur situation financière ou sur le détail des opérations en capital qu'elles réalisent, mais aussi sur tous les événements industriels et commerciaux susceptibles d'influencer l'évolution du cours de bourse.

En matière d'environnement, enfin, les entreprises faisant l'objet d'un suivi particulier en raison de l'impact de leurs activités sur le milieu ambiant sont tenues de fournir publiquement des analyses complètes des rejets de matières dangereuses et des mesures de précaution et de traitement qu'elles ont prises.

2.5.1. Les dangers de la transparence

De nombreuses entreprises font valoir à juste titre que le nombre et la nature des informations qu'elles rendent ainsi publiques sont tels qu'une analyse approfondie des données permet assez aisément à un expert d'une société concurrente d'accéder à une

connaissance fine d'éléments qui relèvent normalement du secret des affaires, comme la stratégie industrielle, les axes de recherche et développement, le développement commercial, etc.

Il est assez fréquent, en conséquence, que des entreprises préfèrent acquitter une amende plutôt que de se conformer aux obligations de publication.

2.5.2. Le difficile équilibre à trouver entre l'intérêt public et celui de l'entreprise

Ces prescriptions sont d'ordre public, car elles poursuivent l'objectif de protéger l'intérêt de tiers. Certaines sont d'ailleurs imposées par des textes communautaires. Le but est d'offrir aux nombreux intervenants qui sont en relations avec l'entreprise, fournisseurs, créanciers, clients, investisseurs et épargnants, etc., une visibilité suffisante pour agir en connaissance de cause.

Partant du principe que les intervenants précités ont un droit légitime à connaître les données de l'entreprise avec laquelle ils sont en relations d'affaires, il pourrait cependant être envisagé de limiter l'obligation de transparence à ces seuls partenaires, afin d'éviter qu'une publication *erga omnes* n'offre à des concurrents la possibilité d'accéder à des informations qu'ils n'ont pas à connaître. Par ailleurs au lieu de laisser fournir par les greffes la totalité des informations fournies par l'entreprise on pourrait envisager de ne publier que les feuillets du bilan et du compte de résultat à l'exclusion de tous les autres ce qui réduit le risque d'exploitation des données fournies à des fins concurrentielles.

Il reviendrait alors à l'entreprise et à elle seule, dans le cadre des rapports qu'elle doit légitimement nouer avec des tiers de choisir de remettre ses comptes complets et certifiés aux seuls partenaires avec lesquels elle souhaite entretenir des relations d'affaires.

Un autre mécanisme de filtrage de la communication des données pourrait être imaginé, sur le modèle du "tiers de confiance" dépositaire d'informations confidentielles. Il ne semblerait pas excessif, par exemple, de prévoir que les greffes de tribunal de commerce ou les directions régionales de l'environnement, destinataires des données fournies par l'entreprise au titre de la transparence, ne communiquent ces dernières qu'aux demandeurs justifiant d'un intérêt légitime à en connaître, selon une procédure qu'il faudra rendre la plus simple possible. Une définition précise des ayants droits devra aussi être arrêtée pour chaque type d'informations.

Cette piste de réflexion ne trouverait en revanche pas à s'appliquer aux informations des sociétés cotées requises par l'Autorité des Marchés Financiers.

Conclusion

Une forte prise de conscience peut être constatée, tant chez les responsables publics que dans les entreprises, quant à la nécessité d'améliorer notre Droit interne du secret pour l'harmoniser avec le Droit communautaire et pour créer un mécanisme de protection renforcé, qui compléterait et améliorerait la procédure de réparation du droit civil dans l'arsenal des moyens juridiques de défense.

En effet, la seule perspective de devoir acquitter des dommages et intérêts ne suffit pas à décourager les auteurs d'actes délictueux, car cette indemnisation s'avère généralement sans proportion avec l'avantage obtenu par l'appropriation frauduleuse du secret. Il conviendrait sans doute à cet égard de favoriser une plus grande prise en compte du dommage causé de façon à renforcer l'action civile.

Dans cet esprit, une réforme du Code de commerce conjuguée à quelques aménagements du Nouveau Code de Procédure Civile et à la création d'un pôle juridictionnel spécialisé, pourrait permettre de renforcer significativement la protection du secret des affaires.

Dans le même temps, il conviendrait d'adopter sans désenparer une approche moins sectorielle de la protection du secret d'affaire et d'envisager un regroupement des textes législatifs visant les actifs informationnels dans un Code de l'information.

En tout état de cause, il conviendra de tenir compte des risques liés à un défaut de transparence, notamment pour ce qui concerne la situation financière de l'entreprise ou encore ses pratiques en matière environnementale.

En effet, les obligations juridiques de communication d'informations imposées par le législateur et les règles communautaires tirent leur justification d'un impératif de protection des actionnaires, des tiers et de l'entreprise elle-même qui ne saurait être remis en cause.

En matière pénale, au regard du principe de la légalité des délits et des peines, l'hypothèse d'une nouvelle incrimination sanctionnant spécifiquement la violation du « secret des affaires » suppose une définition précise ou tout au moins une identification *in abstracto* des informations couvertes par le secret et des critères juridiques de validité de la protection.

De ce point de vue, l'article 39 des accords ADPIC apporte une solution positive à cette problématique juridique puisque dans ses dispositions figurent expressément les trois critères que doit remplir une information pour bénéficier de la protection en tant que « secret d'affaires ».

Cette définition claire de l'information insiste sur la valeur économique des secrets d'affaires et pourrait permettre une réforme de la législation répressive, et notamment des articles L311-1 et L314-1 du Code pénal, par extension de la « chose » à un bien immatériel, ce que la jurisprudence se chargera d'affiner au cas par cas.

Il n'en reste pas moins qu'après un long travail d'étude et d'analyse du secret des affaires, sa définition nous est apparue non pas comme inutile mais comme réductrice par rapport aux enjeux.

La notion de secret des affaires ne peut être circonscrite à une définition.

Afin de mieux répondre aux attentes des justiciables et de mieux protéger les intérêts économiques des entreprises, nous estimons plus juste d'appréhender le secret des affaires sans jamais rester dans un contexte figé.

Le périmètre du secret des affaires est en constante évolution.

C'est pourquoi nous préconisons des mesures concrètes qui seront destinées à mieux cerner cette notion, qui ne doit jamais devenir un concept, et ainsi prendre les mesures de précaution ou de répression adaptées.

Principales Propositions du groupe de travail

1. <u>Adaptations législatives et réglementaires</u>
11 Insertion dans le Code civil d'un article 1382 bis renforçant la responsabilité pour atteinte au secret des affaires : <i>« 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 ».</i>
12 Procédure civile adaptée par adoption du test "Hilti" Préserver, dans le cadre d'un procès civil, la confidentialité de certaines informations sensibles selon le modèle de l'Ordonnance du 4 avril 1990 complétée par l'Ordonnance du 3 juin 1997 du Tribunal de Première instance des Communautés Européennes.
13 Codification du secret et aménagement du droit pénal Création d'un Code du secret regroupant tous les textes législatifs traitant directement ou indirectement du secret et extension de la notion de chose à un bien immatériel.
14 Modification du régime de publication des comptes des sociétés au Greffe du tribunal de commerce Une version courte des comptes (bilan et compte de résultat, sans les annexes) sera seule publiée, le reste restant accessible aux tiers ayant un intérêt légitime à en connaître.
15 Modification de la loi du 26 juillet 1968, dite "de blocage" Une plus grande précision pourrait être introduite quant à la nature des documents dont la production à une juridiction étrangère est interdite.
2. <u>Actions de formation et de sensibilisation des acteurs</u>
21 Services de l'État Formation à l'intelligence économique des magistrats et de ceux qui les assistent, et en particulier les experts judiciaires (prévoir des modules spécifiques dispensés à l'Ecole Nationale de la Magistrature sous l'égide du HRIE par les magistrats et avocats spécialisés dans ces matières et les fonctionnaires des Douanes concernés).

22 Entreprises
Former les entreprises à la protection du secret des affaires et aux moyens de résister aux manœuvres de déstabilisation et de chantage.

<u>3. Mesures d'organisation interne aux entreprises</u>
31 Identification des informations sensibles
Les qualifier sur le plan du secret des affaires et les classer par ordre de valeur.
32 Introduction de clause de confidentialité et de secret
Mise en place de clauses de confidentialité dans les contrats de travail et recours aux accords de secret dans les relations avec des partenaires extérieurs
33 Mise en place d'un système de gestion sécurisé
Etablissement d'une gestion sécurisée des informations numériques du réseau intranet
34 Utilisation de procédures spécifiques pour la protection du secret
Mise en place de procédures internes de classification, de traitement, de stockage et de destruction des documents confidentiels
35 Organiser la traçabilité du secret
Créer un registre permettant la traçabilité de la divulgation du secret en internet et en externe à l'entreprise
36 Cloisonnement du secret des affaires
Définition du niveau d'information requis détenu par chaque salarié et cloisonnement des informations sensibles

<u>4. Mesures de protection du secret des affaires avec des investisseurs extérieurs</u>
41 Maîtrise de l'information financière
Utiliser les 10 fiches pratiques du HRIE sur la levée de fonds à l'attention des entreprises non cotées qui souhaitent à la fois être accompagnées par une société d'investissement et s'assurer, dans le même temps, de la maîtrise de leurs informations financières. (http://www.intelligence-economique.gouv.fr/)
42 Anticiper les actions futures
Identifier la nature des fonds d'investissement en fonction de leurs objectifs et de leurs pratiques stratégiques.

5. Transposition des Règles internationales en droit français

51 Article 39 de l'Accord ADPIC

L'alinéa 2 définit les trois conditions que doit remplir une information pour constituer un secret :

- a) n'être ni connue de personnes appartenant aux milieux qui traitent normalement le domaine de cette information, ni leur être facilement accessible, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments,
- b) avoir une valeur commerciale parce qu'elle est secrète,
- c) avoir fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la conserver secrète.

Annexes

1. Membres du groupe et experts consultés :	42
1.1. Composition du groupe de travail	42
1.2. Liste des participants aux réunions de lancement	42
2. Comptes-rendus d'auditions :	44
2.1. Compte-rendu d'audition du président et du rapporteur général de la CADA	44
2.2. Compte-rendu d'audition du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence	46
2.3. Compte rendu d'audition avec les auteurs du rapport IHEDN le 6/12/06	48
2.4. Compte rendu et synthèses des auditions des 7 et 10/11/06	50
3. Questionnaires :	52
3.1. Réponse du ministère de la Justice / DACS.....	52
3.2. Réponse du ministère de la Justice / DACG	54
3.3. Réponse du ministère de l'Economie et des finances / DGCCRF	59
3.4. Réponse du ministère de l'Economie et des finances / DAJ.....	61
3.5. Réponse de la Direction des affaires juridiques du ministère de la Défense	65
3.6. Réponse du ministère de l'Ecologie et du Développement durable.....	67
3.7. Questionnaire sur la protection du secret des affaires.....	70
4. Notes	72
4.1. La notion de secret des affaires (C. Mathon)	72
4.2. Les secrets des affaires en matière de droit des contrats (C. Champagner Katz)	77
4.3. Secret des affaires et propriété intellectuelle (C. Champagner Katz)	85
4.4. Sur le dépôt des comptes (C. ChampagneR Katz)	95
4.5. Note sur La Commission d'accès aux documents administratifs (Lodde - Julienne).....	98
4.6. Note sur les fonds d'investissements et l'entreprise (D. Julienne)	99
4.7. La propriété intellectuelle et les brevets (IHEDN - groupe de travail sur l'IE).....	115
4.8. Article L463-4 du code de commerce	121
4.9. Décret n° 2009-142 du 10 février 2009.....	123
4.10. Lettre du 19 février 2009 du Président de commerce de Paris au HRIE	126
4.11. Le dépôt des comptes annuels en Europe.....	127

1. Membres du groupe et experts consultés :

1.1. Composition du groupe de travail

Qualité	Prénom / Nom	Fonction
Président	M. Claude MATHON	Avocat général à la Cour de cassation
Membres	Me Corinne CHAMPAGNER KATZ	Avocat à la Cour
	M. Pierre LODDE	Ministère de l'intérieur/DLPAJ
	M. Didier JULIENNE	Dirigeant de société étrangère
	M. Jean-Benoît BUSNEL	Conseil en Propriété industrielle
Secrétariat	M. Frédéric PUAUX	Conseiller auprès du HRIE

1.2. Liste des participants aux réunions de lancement

Ministère/ Organisme	Direction	Prénom Nom	Fonction
Président du groupe		Claude MATHON	Avocat général à la Cour de Cassation
Premier ministre	Secrétariat général de la défense nationale	Alain JUILLET	Haut responsable chargé de l'intelligence économique
		François BILLON	Conseiller pour les affaires juridiques et européennes
		Patrick BEAU	Sous-directeur, direction des technologies et transferts sensibles
		Frédéric PUAUX	Conseiller auprès du Haut responsable chargé de l'intelligence économique
Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie	Direction des affaires juridiques	François SCHOEFFLER	Sous-directeur, Droit économique et valorisation
		Julien SORIN	Adjoint au chef de bureau Droit industriel et financier
	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	Didier de CALBIAC	Inspection générale des services
		Jean-Paul DACLIN	Inspection générale des services

Ministère/ Organisme	Direction	Prénom Nom	Fonction
	Coordination ministérielle à l'intelligence économique	Gabriel GOLDSTEIN	
Ministère de la justice	Direction des affaires civiles et du sceau	Carola ARRIGHI de CASANOVA	Sous-directrice, Droit économique
		Daniel BARLOW	Adjoint au chef du bureau Droit commercial
		Besma BOUMAZA	bureau Droit commercial
	Direction des affaires criminelles et des grâces	Alain SAFFAR	Sous-directeur, Justice pénale spécialisée
		Christian PROU-GAILLARD	Bureau Droit économique et financier
Ministère de la défense	Secrétariat général pour l'administration	Caroline GIRELLI	Adjointe à la directrice des affaires juridiques
		Alain BOUEDO	Chargé d'études
Ministère des affaires étrangères	Direction des affaires juridiques	Gurvan LE BRAS	Sous-direction du droit international économique et du droit communautaire
Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire	Direction des libertés publiques et des affaires juridiques	Pierre LODDÉ	Directeur de projet
Ministère de l'écologie et du développement durable	Direction générale de l'administration	Frédérique AGOSTINI	Sous-directrice des affaires juridiques
		Florence DURU	Bureau du droit communautaire et international Sous-direction des affaires juridiques
	Direction de la prévention de la pollution et des risques	Danièle MANFREDI	Adjointe au chef du service de l'environnement industriel
Cabinet Champagner Katz		Corinne CHAMPAGNER KATZ	Avocat à la Cour
Association des Auditeurs de l'IHEDN		Didier JULIENNE	Chef d'entreprise

2. Comptes-rendus d'auditions :

2.1. Compte-rendu d'audition du président et du rapporteur général de la CADA le 15/12/06

Participants :

- M. Claude MATHON
- M. Jean-Pierre LECLERC, président de la CADA
- Mme Catherine de SALINS, rapporteur général, CADA
- Mme Florence DURU, ministère de l'écologie et du développement durable
- M. Pierre LODDE, ministère de l'intérieur / DLPAJ
- M. Didier JULIENNE, association des auditeurs de l'IHEDN
- M. Julien SORIN, MINEFI, DAJ
- M. Gabriel GOLDSTEIN, MINEFI, service du HFD
- M. Frédéric PUAUX, SGDN/IE

M. Leclerc présente son institution, autorité administrative indépendante dirigée par un collège. Elle a été créée par la loi du 17 juillet 1978², et son statut d'autorité administrative indépendante a été institué par l'ordonnance du 6 juin 2005³.

La Commission d'accès aux documents administratifs rend un avis non contraignant sur les cas de refus de communication de documents administratifs. Sur les cinq mille cas traités annuellement, un grand nombre sont de nature courante. Quelques uns en revanche posent des questions de principe.

Les affaires sont instruites et présentées au collège par des rapporteurs qui n'ont pas voix délibérative.

La présence de représentants de la CNIL et du Conseil de la Concurrence au sein du collège a eu pour effet de durcir plutôt la jurisprudence de la CADA.

Deux lois ont suscité un flux régulier de demandes d'une certaine importance :

- la révision du code de l'environnement a créé une dérogation à la loi du 17 juillet 1978, en créant des régimes particuliers pour plusieurs catégories de documents (documents préparatoires, document en cours d'élaboration, etc.) Un décret en Conseil d'État⁴ (article R124-5 du code) a fixé la liste des informations devant être rendues publiques.

² Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social ou fiscal - JORF 18 juillet 1978 p. 2851.

³ Ordonnance n° 2005-50 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques – JORF 7 juin 2005, page 10022.

⁴ décret n° 2006-578 du 22 mai 2006 – JORF 23 mai 2006.

- l'ordonnance du 6 juin 2005, qui a aussi assuré la transposition de la directive de l'Union européenne du 17 novembre 2003 relative à la réutilisation des documents publics⁵. La CADA a reçu un pouvoir de sanction en cas de non-respect des conditions de réutilisation des informations publiques. Il faut néanmoins noter que ces conditions n'ont pas fait l'objet d'une définition réglementaire précise.

On peut y ajouter d'autres dispositions, comme le code rural, qui prévoit la consultation de la CADA lorsqu'il y a des expérimentations d'organismes génétiquement modifiés.

Limites tenant au secret des affaires

Mme de Salins explique que le droit d'accès aux documents administratifs est restreint par l'article 6-2 de la loi de 1978, qui permet d'opposer, entre autres, le secret industriel et commercial à une divulgation.

Le nombre de cas traités par la CADA concernant cet aspect a beaucoup crû, avec, en particulier, des soupçons d'espionnage économique lors de la publication des résultats d'appels d'offres pour marchés publics. Les entreprises de services représentent le plus grand nombre d'affaires.

Pour encadrer l'exercice, la CADA a précisé le sens du concept de secret industriel et commercial, qui couvre :

- des données financières, comme le chiffre d'affaires ou le résultat d'exploitation ;
- des données économiques et commerciales : fichiers clients, par exemple, sauf la liste des clients de référence ;
- des éléments technologiques et de savoir-faire ;
- des éléments susceptibles de révéler les caractéristiques de l'offre, ce qui permet d'éviter la constitution d'ententes ou l'alignement des prix.

S'agissant des éléments technologiques, M. Leclerc indique que l'évaluation de leur sensibilité est à la charge du rapporteur, la CADA n'ayant pas recours à des expertises extérieures.

Un arrêt du Conseil d'État du 4 juillet 2005⁶ a validé la sanction prise contre un cadre de centre hospitalier qui avait transmis un dossier complet contenant des informations sensibles sur ses concurrents à un soumissionnaire dont l'offre pour un marché public avait été rejetée.

Parmi les améliorations qui pourraient être apportées au dispositif, Mme de Salins mentionne le besoin d'introduire dans le code des marchés publics une disposition indiquant qu'il doit revenir aux entreprises d'identifier matériellement les informations ou parties d'informations qui doivent être couvertes par le secret dans la réponse à un appel d'offres.

Le code de l'environnement pourrait également être amélioré sur certains points.

M. Julienne fait remarquer que la loi de 1978 a été adoptée à une époque où les préoccupations d'intelligence économique n'existaient pas en France.

M. Mathon souligne en conclusion sur ce point qu'il importe de donner à l'entreprise le premier rôle dans la définition du secret. Il fait toutefois remarquer qu'en cas de recours contentieux, la marge d'action de l'entreprise est beaucoup plus limitée. C'est un sujet sur lequel il faudrait rechercher un équilibre.

⁵ directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.

⁶ Conseil d'État 4 juillet 2005 SCP Baraduc, Duhamel – affaire 269177

Aspects procéduraux

Mme de Salins précise que tous les avis de la CADA sont motivés, mais que les demandes de communication de documents ne doivent pas nécessairement l'être.

En réponse à M. Loddé, qui cite des cas de détournement de procédure, en particulier pour l'accès à des fichiers constitués par le régime de Vichy, Mme de Salins avance que seules les demandes de dérogation doivent être accompagnées d'une justification.

Autres limites

Mme de Salins confirme qu'un refus systématique est opposé aux demandes lorsqu'il y a un lien avec le secret de défense ou des questions de politique étrangère.

M. Leclerc souligne par ailleurs que le secret industriel et commercial n'est qu'un des secrets protégés. Les cas concernant la protection de la vie privée ont fourni à la CADA ses motifs de décision de refus les plus anciens.

Divers

M. Leclerc indique que la CADA a également un rôle de conseil en amont sur l'étendue des publications qu'une administration ou une collectivité locale envisage de faire. La CADA est notamment fréquemment saisie lorsqu'un nouveau texte impose de fournir certaines informations pour bénéficier de ses dispositions.

2.2. Compte-rendu d'audition du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence le 19/01/07

Pièce jointe : décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005

Participants :

- M. Claude MATHON
- M. Thierry DAHAN, rapporteur général de l'Autorité de la concurrence
- Mme Florence DURU, ministère de l'écologie et du développement durable
- M. Daniel BARLOW, ministère de la justice, DACS
- M. Didier JULIENNE, association des auditeurs de l'IHEDN
- M. Julien SORIN, MINEFI, DAJ
- M. Jean-Paul DACLIN, MINEFI, DGCCRF
- M. François BILLON, conseiller pour les affaires juridiques et européennes, SGDN
- M. Frédéric PUAUX, SGDN/IE

M. Mathon invite le rapporteur général à présenter l'application concrète de la réforme introduite par le décret du 27 décembre 2005, en particulier pour ce qui concerne la transparence et le respect du droit de la défense. Il fait remarquer que, lors de précédentes auditions, le directeur juridique de l'AMF avait exprimé la réticence de son institution à toute atteinte à la publicité des informations, tandis que le président de la CADA avait indiqué avoir trouvé un point d'équilibre.

Règles de procédure

M. Dahan explique que, dans la situation antérieure, l'entreprise pouvait demander le retrait d'une pièce confidentielle, ce qui signifiait que personne, même l'Autorité de la concurrence, ne pouvait y accéder. En conséquence, le président de l'Autorité refusait généralement la demande.

En pratique, les affaires de concentration posent le problème de la consultation des entreprises concurrentes sur les effets de l'opération. Juridiquement, elles peuvent ultérieurement contester la décision de l'Autorité. Dans tous les cas, de nombreuses informations sont nécessaires. Dans la phase consultative, un dossier expurgé des données sensibles est fourni. C'est cette méthode qui a été étendue à la phase contentieuse.

Le décret de décembre 2005 donne l'accès au dossier complet (y compris l'annexe confidentielle) au service qui instruit l'affaire, au ministère (DGCCRF) et à l'Autorité de la concurrence. En cas de contentieux, l'accès des parties est autorisé avec des restrictions : une décision du président de l'Autorité est nécessaire pour permettre au plaignant d'en bénéficier.

Cette nouvelle procédure décharge le conseil de la tâche de définir ce qui est confidentiel, puisque c'est l'entreprise concernée qui le notifie par écrit, mais il doit cependant décider cas par cas la divulgation des parties confidentielles du dossier qui sont nécessaires à la procédure, soit avec l'accord de l'entreprise, soit sur décision en arbitrage du président, en cas de refus de l'entreprise.

La notification par l'entreprise des données classées confidentielles implique une cotation précise des pièces concernées et la fourniture d'un résumé de la pièce sans les parties secrètes.

Des problèmes plus complexes sont posés par les documents sous forme électronique, y compris les boîtes de messagerie, qui constituent un bloc non fractionnable. Pour ces dernières, la solution retenue est le classement confidentiel de l'ensemble des messages, à l'exception de ceux que l'Autorité demande expressément de déclassifier, ce qui suppose un gros travail de tri.

M. Dahan souligne qu'un certain nombre de failles subsistent dans le dispositif :

- Celui-ci s'applique à l'Autorité de la concurrence, et non au ministre, qui conserve le pouvoir d'engager des enquêtes sans réserve de confidentialité.
- Les demandes d'occultation des pièces sensibles peuvent arriver tardivement au cours de la procédure.
- Le secret n'est pas opposable en cas de recours contentieux devant la Cour d'appel de Paris, juridiction compétente pour les affaires de concurrence.
- Il n'y a pas d'évaluation de la justification du maintien dans la durée du caractère confidentiel des pièces, dont certaines peuvent être périmées et donc sans valeur.

La procédure appliquée par la Commission européenne dans les affaires de concurrence est assez différente, car l'initiative des poursuites appartient à la Commission, et le plaignant a un rôle moindre, ce qui limite le problème de protection du secret.

Du fait de la forte intégration européenne du contrôle de la concurrence, il y a de nombreux échanges avec la Commission et entre les autorités des États membres. La règle est que des données sensibles peuvent être communiquées si elles bénéficient d'un degré de protection équivalent dans le pays de destination.

Mais il existe une autre procédure, permettant de faire réaliser par l'autorité du pays concerné une enquête à la demande de la Commission ou de l'autorité d'un autre État membre. En France, des perquisitions sont possibles, sur autorisation du juge des libertés et de la détention.

En général, dans les relations internationales, le principal risque de divulgation vient des procédures de type “*discovery*”, dont le meilleur exemple est les États-Unis. Il importe de toujours exiger la restitution des pièces après leur exploitation par le juge étranger.

Définition du secret des affaires

La règle générale est que toute information non disponible gratuitement est réputée confidentielle. En droit de la concurrence, on s’écarte des notions classiques de secret de fabrique ou de propriété intellectuelle, car l’objectif est de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles, comme les ententes, dont un des facteurs déterminants est le prix (collusion entre fournisseurs dans un marché public, par exemple).

Il y a cependant des cas où il faut aller au-delà : dans le dossier de la fusion de Canal Plus et de TPS, tous les intervenants ont été invités à donner leur vision à dix ans de l’évolution du marché.

La concurrence sur le marché des télécommunications est une bonne illustration de cette approche : Dans tous les dossiers examinés par le conseil ou au contentieux où France Télécom était accusé d’appliquer des tarifs prédateurs, un recours assez extensif au classement confidentiel des évaluations des coûts d’exploitation de France Télécom, qui sont des données stratégiques pour les concurrents, a été pratiqué dès avant l’adoption du décret de 2005.

Un autre exemple est la date d’échéance effective des brevets sur les médicaments, qui conditionne la possibilité de commercialiser des génériques concurrents : cette information est si peu accessible que même l’INPI ne peut la donner avec précision.

L’Autorité de la concurrence évalue l’intensité du secret en fonction de la nature des marchés. Il convient de distinguer ceux où les prix sont facilement observables (grande distribution) et ceux qui sont plus fermés (comme la fourniture d’électricité aux grands clients). En outre, selon le degré de concentration sur le marché, la question se posera différemment : un marché très concentré crée des risques d’entente sur les prix (téléphonie mobile), tandis qu’une grande transparence tarifaire favorise la concurrence sur les marchés plus atomisés.

Pour conclure, M. Dahan indique que l’Autorité n’a pas eu connaissance de cas flagrants d’utilisation d’informations confidentielles détournées pendant une procédure.

2.3. Compte rendu d’audition avec les auteurs du rapport IHEDN le 6/12/06

Participants :

- M. Claude MATHON
- M. Didier JULIENNE, association des auditeurs de l’IHEDN
- Me Philippe BLAQUIER-CIRELLI, Jeantet et associés
- Me Jean-Benoît BUSNEL, Breese Derambure Majerowicz
- M. Daniel BARLOW, ministère de la justice / DACS
- M. Frédéric PUAUX, SGDN/IE

M. Mathon pose les deux principales questions soulevées jusqu’à présent par le groupe de travail : la pertinence d’une définition précise du secret des affaires, et le problème du point d’équilibre à trouver en matière de transparence.

M. Julienne explique que les travaux des auditeurs de l'IHEDN ont débouché sur deux rapports, le premier traitant de la transparence et de la faculté pour l'entreprise de faire valoir son droit de propriété, le second étant dédié à la propriété intellectuelle. L'objectif poursuivi était d'identifier d'éventuelles failles dans le dispositif juridique.

Définition législative du secret des affaires

M. Mathon fait état du risque, souligné par le groupe, qu'une définition trop précise soit rigide et, en fait, contre-productive.

Me Busnel souligne que les textes sur la propriété intellectuelle sont précis, et qu'il faut éviter des conflits de lois du fait d'une disposition législative trop générale sur le secret des affaires. En matière de propriété intellectuelle, en effet, un équilibre a été trouvé, consistant à limiter la protection dans le temps, tout en offrant des garanties fortes (monopole d'exploitation de l'invention) pendant la durée du brevet. La définition retenue est positive – il s'agit d'un recensement –, avec les difficultés que cela comporte, par exemple pour les logiciels. En matière de secret des affaires, en revanche, la notion d'affaires est difficile à cerner et à traduire en termes juridiques (c'est flagrant dans le droit communautaire).

Il signale également la difficulté de valoriser l'information elle-même dans l'entreprise, où les actifs immatériels ne sont pas correctement évalués.

M. Julienne confirme que le droit européen de la concurrence couvre essentiellement des secrets de nature commerciale.

Me Blaquier-Cirelli se prononce en faveur d'un régime instituant des droits et des obligations et reconnaissant la vraie valeur de l'information, notamment quand elle bénéficie au concurrent (alors que sa protection a un coût pour son propriétaire). L'approche la plus adaptée serait, non de partir du droit pénal existant, mais de répondre aux problèmes effectivement constatés dans des cas concrets. C'est une démarche de ce type qui a inspiré le décret du 27 décembre 2005 et son application par le Conseil de la concurrence. Dans cet esprit, le risque de conflit de lois doit pouvoir être minimisé.

Le point important est de confier à l'entreprise elle-même la responsabilité de définir ce qui est confidentiel. Cette responsabilité inclut la nécessité pour l'entreprise de se protéger elle-même pour bénéficier de la protection légale. Or, la culture d'entreprise en France sous-estime la nécessité de défendre le patrimoine informationnel. D'où l'utilité d'instituer un cadre législatif et réglementaire.

Le ministère de la justice (DACS) n'est pas favorable à une définition législative visant l'exhaustivité. Pour répondre aux déficiences de la culture d'intelligence économique, il serait préférable selon lui d'intensifier les actions de formation plutôt que de légiférer. Les entreprises doivent commencer par apprendre à se servir du cadre juridique existant.

M. Puaux signale que des solutions ont pu être trouvées dans certains cas sans recours à un texte. Par exemple, la charte déontologique adoptée par la profession de courtier en assurances, qui donne des garanties de confidentialité aux clients fournissant des informations sensibles.

Mr Busnel cite également les contrats d'assurance permettant de couvrir le patrimoine informationnel, où c'est l'entreprise assurée qui établit le classement des données à protéger.

Transparence

Le ministère de la justice (DACS) estime que la proposition du rapport concernant la limitation des exigences de publication est gênante, car celles-ci découlent du droit communautaire.

Me Blaquier-Cirelli fait remarquer que les obligations sont en France beaucoup plus exigeantes que dans d'autres pays. Il n'y a pas de réciprocité avec les États-Unis, et encore moins avec nombre de pays où l'opacité est la règle. Le rapport IHEDN traite prioritairement des informations statutaires, qui sont révélatrices de l'organisation du capital et du fonctionnement de l'entreprise.

M. Julienne et Me Blaquier-Cirelli soulignent que la proposition ne prône pas l'opacité des comptes, mais vise seulement à limiter la divulgation des informations à ceux qui ont un intérêt légitime à en connaître, comme des destinataires désignés par l'entreprise elle-même ou des partenaires avec lesquels elle négocie (banques, par exemple). On peut également s'interroger sur l'opportunité de fournir des informations sur la stratégie à tous les actionnaires. Dans d'autres situations, les entreprises sont conduites à divulguer des données sensibles : de grands groupes américains imposent aux soumissionnaires à leurs appels d'offres de fournir un grand nombre d'informations les concernant.

2.4. Compte rendu et synthèses des auditions des 7 et 10/11/06

Me Corinne Champagner Katz, avocat à la Cour, et M. Olivier Douvreur, directeur juridique de l'Autorité des marchés financiers, ont été reçus respectivement le 7 et le 10 novembre par M. Mathon, assisté d'un petit nombre de membres du groupe de travail.

Me Champagner Katz : questions de propriété intellectuelle

M. Mathon a demandé à l'avocate de contribuer à préciser la notion de secret des affaires en vue d'une éventuelle définition juridique et de faire part de son expérience professionnelle. Il a mis l'accent sur les risques liés à l'abus des actions *in futurum*, permettant au plaignant de collecter en toute légalité de nombreuses informations sur une entreprise.

Me Champagner Katz a confirmé que la propriété intellectuelle est un bloc constitutif majeur du secret des affaires. Elle en a donné une définition large, couvrant « tout ce que l'entreprise peut créer en prouvant que c'est une invention originale. » Ceci comprend principalement les brevets et les droits d'auteur. Elle a rappelé que le produit est au cœur de l'activité d'une entreprise et que sa protection est donc vitale.

Elle a toutefois mis en garde contre les risques d'un recours excessif au secret, en citant en particulier le refus de certains juges de donner au requérant les éléments de comptabilité de l'entreprise poursuivie pour contrefaçon, alors même que ces données sont souvent essentielles à l'établissement de la preuve.

Face à ce problème, elle a suggéré de rechercher un juste équilibre, en s'appuyant par exemple sur la notion d'abus de droit. M. Mathon a toutefois fait remarquer que les juges ne savent pas toujours bien utiliser la notion d'abus de droit. Ce défaut pourrait être corrigé, selon Me Champagner Katz, en améliorant la formation des magistrats, voire en créant une chambre spécialisée au tribunal de commerce.

S'agissant plus généralement de la définition et de la sanction des atteintes au secret des affaires, Me Champagner Katz propose de réfléchir à l'emploi du concept de concurrence déloyale, qui qualifierait l'obtention et l'utilisation d'une information pour un usage autre que celui prévu par les textes qui en autorisent la transmission ou la rendent obligatoire. Ce concept, qui relève du droit civil, est couramment appliqué en droit de la concurrence, et le Conseil de la Concurrence a publié de nombreuses décisions qui l'explicitent.

Il convient, selon elle, de garder à l'esprit qu'il est souvent difficile pour une entreprise de prouver l'utilisation déloyale d'informations obtenues par un concurrent, ce qui justifie qu'elle prenne des mesures concrètes de protection de son patrimoine informationnel. À l'inverse, il faut aussi prévenir les risques d'une utilisation détournée de la protection elle-même du secret, qui peut parfois être excessive au regard des pratiques du commerce.

Me Champagner Katz estime enfin que la question de la protection du secret des affaires ne sera pas résolue uniquement par l'emploi de concept abstraits, et qu'un certain nombre de mesures précises pourraient aussi y contribuer. Il s'agirait, par exemple pour les actions *in futurum*, d'exiger du plaignant qu'il donne des indications sérieuses sur la matérialité des faits reprochés à l'entreprise poursuivie.

Dans cet ordre d'idées, la DGCCRF souligne qu'il convient d'éviter que des délais trop contraignants entre le recueil des informations et l'engagement obligatoire d'une action ne pénalisent l'entreprise requérante qui n'aura pas collecté suffisamment de preuves.

M. Douvreur : confidentialité dans les opérations de bourse

Le directeur juridique de l'AMF expose qu'il n'existe pas de texte particulier sur le secret des affaires applicable aux marchés financiers et que les cas de difficultés sont peu nombreux.

Pour l'AMF elle-même, le code monétaire et financier et le règlement de l'AMF ne mentionnent pas le secret des affaires, mais font obligation aux membres du collège et aux 340 agents de respecter le secret professionnel, qui interdit la divulgation d'informations dans le cadre de l'instruction des dossiers aussi bien que dans celui des enquêtes.

En réponse à une question de la DAJ du MINEFI sur les obligations s'imposant aux organismes ou experts tiers auxquels l'AMF a recours pour réaliser certaines enquêtes, M. Douvreur précise que ceux-ci sont astreints au secret professionnel par la convention qui les lie à l'AMF.

Sur le principe du secret, M. Douvreur souligne que la transparence est un des principes majeurs de la régulation des marchés boursiers. Elle est imposée par les directives de l'Union européenne et est généralement considérée comme étant dans l'intérêt même des entreprises qui font appel au marché. Celles-ci acceptent de se soumettre à cette obligation, au respect de laquelle l'AMF est chargée de veiller, et il n'y a pas de cas connu de société ayant cherché à s'y soustraire en invoquant le secret des affaires.

Il y a en revanche des cas d'occultation de certaines informations nuisibles à l'image de l'entreprise, voire de maquillage des comptes, que l'AMF a le pouvoir de sanctionner.

Il y a également des cas, reconnus par la jurisprudence, où une entreprise peut, dans une procédure contentieuse, refuser de communiquer aux parties à l'instance des données dont l'AMF a eu connaissance lorsqu'elle a instruit la décision contestée (Cour de Cassation, chambre commerciale, arrêt du 7 janvier 2004, affaire 02-14053⁷)

⁷ « Attendu que, s'il est de principe que la régularité de la décision du Conseil des marchés financiers s'apprécie au vu des documents examinés par le Conseil, ce principe ne fait pas obstacle à ce que certaines données communiquées au Conseil soient soustraites à l'examen des parties à l'instance dès lors qu'il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles et que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert contre la décision de l'autorité de marché. »

En cas de divulgation d'informations sur l'entreprise par des tiers, l'AMF n'est pas chargée d'en vérifier la véracité, mais elle peut enquêter sur les manquements allégués par ces informations, et éventuellement sanctionner la non publication de données par l'entreprise soumise aux obligations de transparence. Elle peut également se retourner contre les tiers si la divulgation couvre une tentative de manipulation des cours, possibilité qui est évidemment aussi offerte à l'entreprise lésée (affaire LVMH/Morgan Stanley).

Les tiers détenteurs d'informations privilégiées ne peuvent en faire usage en bourse (délit d'initié), mais ne doivent pas non plus les divulguer.

Il faut noter que l'obligation de transparence s'impose à toute société cotée sur un marché réglementé français, quelle que soit la nationalité de l'entreprise (par exemple : EADS, société de droit néerlandais).

La transparence ne couvre toutefois pas toutes les informations, mais uniquement celles qui ont une incidence potentielle sur le cours des valeurs cotées. L'obligation de publication vise ainsi à prévenir les manipulations de cours, les délits d'initié et les actions relevant du terme générique d'« abus de marché », introduit par une directive communautaire. Les risques contentieux auxquels la société est confrontée doivent par exemple être connus du public. Un certain nombre d'obligations supplémentaires de publicité viennent s'ajouter, qui donnent lieu à des prospectus vérifiés et visés par l'AMF.

S'agissant des intentions d'action, comme par exemple un projet d'OPA, l'AMF exige également leur publication en temps voulu, du fait des conséquences sur le cours des valeurs concernées. Mais il existe des dérogations, justifiées par la confidentialité, qui sont appliquées sous l'entière responsabilité de l'entreprise concernée, qui doit prendre des mesures efficaces pour éviter toute fuite. En cas de rumeur, l'AMF peut enquêter pour en déterminer l'origine et sanctionner une éventuelle manipulation.

Les informations techniques ne sont en principe pas incluses dans l'obligation de publication (cas d'une entreprise dont l'avenir est tributaire d'une invention radicalement innovante). Mais l'AMF vérifie que certaines affirmations optimistes sur la valeur d'une innovation ne constituent pas une fausse information.

En conclusion, M. Douvreur juge utile d'interroger les sociétés cotées sur leur appréciation des obligations de transparence. Noter cependant que, lors de sa réunion du 14 septembre 2006, le groupe de travail avait estimé qu'il serait peu opportun d'inclure dans le questionnaire une invitation à critiquer ces obligations, étant donné qu'elles sont imposées par la loi.

3. Questionnaires :

3.1. Réponse du ministère de la Justice / DACS

Notion de secret des affaires

La définition de la notion elle-même apparaît délicate car extrêmement large et recouvrant des situations très diverses.

Le « secret des affaires » n'est pas défini par la loi, mais de nombreuses dispositions, notamment pénales, y renvoient sous un autre vocable, tel que le secret professionnel dans tout secteur d'activité, l'information privilégiée dans le domaine des marchés financiers, le secret de fabrication dans le domaine industriel notamment.

Chercher à définir juridiquement cette notion présenterait des inconvénients sans améliorer nécessairement la protection recherchée par les entreprises.

Il peut en effet être remarqué que la protection des informations présentant une valeur stratégique pour l'entreprise est déjà largement assurée par le droit positif. L'inventaire ne saurait prétendre à l'exhaustivité, toutefois vous trouverez joint un tableau regroupant des incriminations applicables en la matière, certaines paraissent plus particulièrement intéressantes à développer pour faire réponse à votre questionnaire.

Ainsi, pour éviter la divulgation à l'étranger de documents et renseignements d'ordre économique, commercial industriel, financier ou technique de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, la loi du 26 juillet 1968 interdit, sous peine de sanctions pénales, la communication de ce genre d'informations à des autorités publiques étrangères hors des cas prévus par des traités ou accords internationaux.

Cette protection des informations sensibles à l'égard de l'étranger est par ailleurs assurée par les dispositions pénales de droit commun. A titre d'illustration, en février 2005, la presse médiatisait largement les poursuites exercées contre une étudiante chinoise stagiaire dans le groupe VALEO mise en examen du chef de vol et d'abus de confiance et placée en détention provisoire pour s'être introduite dans le système informatique de l'équipementier automobile à Guyancourt. A son domicile avaient été découverts six ordinateurs et deux disques durs puissants où avaient été stockées des données considérées comme confidentielles par les dirigeants de l'entreprise, et qui auraient pu être transmises aux autorités chinoises.

De même, le secret professionnel (dont la violation est pénalement sanctionnée par l'article 226-13 du code pénal) englobe la notion de « secret des affaires ». Il revient à cet égard, le cas échéant, sans qu'il soit nécessaire de prévoir de cadre spécifique à cette fin, aux entreprises de préciser dans leur règlement intérieur quelles sont les informations confidentielles pour lesquelles les salariés sont tenus au secret. Sans lier le juge, une démarche de ce genre pourrait constituer un élément d'appréciation et, sur un plan civil, s'inscrit dans les prérogatives normales de l'employeur qui peut imposer à tout collaborateur certaines règles au travers de clauses de confidentialité ou de non concurrence.

Ces quelques aspects permettent de mieux saisir en quoi une définition de la notion plus restrictive de secret des affaires serait susceptible de rigidifier le cadre d'une éventuelle répression, alors que le périmètre du « secret » doit s'apprécier *in concerto*, en fonction de la situation propre de chaque entreprise, de la nature de ses activités, de son organisation, etc...

Risques et menaces

Une distinction doit être établie entre les informations divulguées du fait d'obligations juridiques ou avec l'autorisation de la loi, et celles qui le sont de façon illégale ou par manque de vigilance de l'entreprise.

Seul ce dernier cas justifie l'application des dispositions de protection précédemment rappelées.

Dans le premier cas, on ne pourra en effet pas parler de risque ou de menace, ces informations devant :

- soit être légitimement révélées et ne pouvant revêtir de caractère secret opposable aux autorités investies de prérogatives de contrôle de poursuite ou dépositaires d'informations légales (ex : tribunal de commerce pour le dépôt des comptes annuels, AMF, informations aux actionnaires...),
- soit être livrées à des personnes elles-mêmes tenues au secret et dans des procédures parfaitement encadrées par la loi (ex : réquisitions judiciaires).

Sanctions et réparation

Les divers aspects de la violation du secret des affaires sont appréhendés et réprimés efficacement par le droit pénal grâce à la variété des infractions permettant de préserver l'information, le savoir-faire ou les droits des entreprises et des sanctions pénales qui leur sont applicables (cf. tableau annexe).

La création d'une nouvelle incrimination, figeant un concept de secret des affaires nécessairement flou, risquerait de limiter le champ de la répression.

En outre, comme l'a exposé la Direction des Affaires Civiles et du Sceau dans sa réponse à votre questionnaire, les mécanismes de la responsabilité civile assurent également une protection adéquate de ce qui relève du secret des affaires.

Participations aux sous-groupes de travail

La DACG pourra plus spécifiquement participer aux sous-groupes suivants :

- protection du secret face aux comportements délictueux
- protection de la propriété intellectuelle.

3.2. Réponse du ministère de la Justice / DACG

Notion de secret des affaires

La définition de la notion elle-même apparaît délicate car extrêmement large et recouvrant des situations très diverses.

Le « secret des affaires » n'est pas défini par la loi, mais de nombreuses dispositions, notamment pénales, y renvoient sous un autre vocable, tel que le secret professionnel dans tout secteur d'activité, l'information privilégiée dans le domaine des marchés financiers, le secret de fabrication dans le domaine industriel notamment.

Chercher à définir juridiquement cette notion présenterait des inconvénients sans améliorer nécessairement la protection recherchée par les entreprises.

Il peut en effet être remarqué que la protection des informations présentant une valeur stratégique pour l'entreprise est déjà largement assurée par le droit positif. L'inventaire ne saurait prétendre à l'exhaustivité, toutefois vous trouverez joint un tableau regroupant des incriminations applicables en la matière, certaines paraissent plus particulièrement intéressantes à développer pour faire réponse à votre questionnaire.

Ainsi, pour éviter la divulgation à l'étranger de documents et renseignements d'ordre économique, commercial industriel, financier ou technique de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, la loi du 26 juillet 1968 interdit, sous peine de sanctions pénales, la communication de ce genre d'informations à des autorités publiques étrangères hors des cas prévus par des traités ou accords internationaux.

Cette protection des informations sensibles à l'égard de l'étranger est par ailleurs assurée par les dispositions pénales de droit commun. A titre d'illustration, en février 2005, la presse médiatisait largement les poursuites exercées contre une étudiante chinoise stagiaire dans le groupe VALEO mise en examen du chef de vol et d'abus de confiance et placée en détention

provisoire pour s'être introduite dans le système informatique de l'équipementier automobile à Guyancourt. A son domicile avaient été découverts six ordinateurs et deux disques durs puissants où avaient été stockées des données considérées comme confidentielles par les dirigeants de l'entreprise, et qui auraient pu être transmises aux autorités chinoises.

De même, le secret professionnel (dont la violation est pénalement sanctionnée par l'article 226-13 du code pénal) englobe la notion de « secret des affaires ». Il revient à cet égard, le cas échéant, sans qu'il soit nécessaire de prévoir de cadre spécifique à cette fin, aux entreprises de préciser dans leur règlement intérieur quelles sont les informations confidentielles pour lesquelles les salariés sont tenus au secret. Sans lier le juge, une démarche de ce genre pourrait constituer un élément d'appréciation et, sur un plan civil, s'inscrit dans les prérogatives normales de l'employeur qui peut imposer à tout collaborateur certaines règles au travers de clauses de confidentialité ou de non concurrence.

Ces quelques aspects permettent de mieux saisir en quoi une définition de la notion plus restrictive de secret des affaires serait susceptible de rigidifier le cadre d'une éventuelle répression, alors que le périmètre du « secret » doit s'apprécier *in concerto*, en fonction de la situation propre de chaque entreprise, de la nature de ses activités, de son organisation, etc...

Risques et menaces

Une distinction doit être établie entre les informations divulguées du fait d'obligations juridiques ou avec l'autorisation de la loi, et celles qui le sont de façon illégale ou par manque de vigilance de l'entreprise.

Seul ce dernier cas justifie l'application des dispositions de protection précédemment rappelées.

Dans le premier cas, on ne pourra en effet pas parler de risque ou de menace, ces informations devant :

- soit être légitimement révélées et ne pouvant revêtir de caractère secret opposable aux autorités investies de prérogatives de contrôle de poursuite ou dépositaires d'informations légales (ex : tribunal de commerce pour le dépôt des comptes annuels, AMF, informations aux actionnaires...),
- soit être livrées à des personnes elles-mêmes tenues au secret et dans des procédures parfaitement encadrées par la loi (ex : réquisitions judiciaires).

Sanctions et réparation

Les divers aspects de la violation du secret des affaires sont appréhendés et réprimés efficacement par le droit pénal grâce à la variété des infractions permettant de préserver l'information, le savoir-faire ou les droits des entreprises et des sanctions pénales qui leur sont applicables (cf. tableau annexe).

La création d'une nouvelle incrimination, figeant un concept de secret des affaires nécessairement flou, risquerait de limiter le champ de la répression.

En outre, comme l'a exposé la Direction des Affaires Civiles et du Sceau dans sa réponse à votre questionnaire, les mécanismes de la responsabilité civile assurent également une protection adéquate de ce qui relève du secret des affaires.

Participations aux sous-groupes de travail

La DACG pourra plus spécifiquement participer aux sous-groupes suivants :

- protection du secret face aux comportements délictueux
- protection de la propriété intellectuelle.

Tableau récapitulatif des principales infractions constatées

CODES	INFRACTIONS	SANCTIONS
CODE PENAL	Articles 323-1 à 323-7	
	Accès ou maintien frauduleux dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données et fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de ce type.	2 à 5 ans d'emprisonnement et 30.000 à 75.000 euros d'amende.
	Articles 411-5 à 411-8	
	- entretien d'intelligences avec une puissance, une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ;	10 ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende ;
	- livraison ou fait de rendre accessible des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées, fichiers à ces entités ;	15 ans d'emprisonnement et 225.000 euros d'amende ;
	- recueil ou rassemblement des éléments cités au tiret précédent en vue de les livrer ;	10 ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende.
	- exercice d'une activité pour le compte d'une de ces entités étrangères et ayant pour but l'obtention ou la livraison de ces éléments.	10 ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende.

CODE MONETAIRE ET FINANCIER	Articles 465-1 et 465-2 - utilisation d'informations privilégiées par des professionnels en vue de réaliser ou de permettre la réalisation d'opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ; - diffusion par des professionnels d'informations privilégiées ; - utilisation d'informations privilégiées par toute personne en vue de réaliser ou de permettre la réalisation d'opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ou diffusion de ces informations ; - manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé ; - diffusion d'informations fausses ou trompeuses. Article L. 151-3 Investissements étrangers réalisés dans certains secteurs sensibles en méconnaissance des injonctions du ministre chargé de l'économie.	2 ans d'emprisonnement et 1.500.000 euros d'amende (jusqu'au décuple du montant du profit) ; 1 an d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende ; 1 an d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende (jusqu'au décuple du montant du profit). Lien avec un crime ou un délit : 7 ans d'emprisonnement et 1.500.000 euros d'amende. 2 ans d'emprisonnement et 1.500.000 euros d'amende (jusqu'au décuple du montant du profit) ; 2 ans d'emprisonnement et 1.500.000 euros d'amende (jusqu'au décuple du montant du profit) ; Sanction pécuniaire pouvant s'élever au double du montant de l'investissement étranger.
CODE DES DOUANES	Article 414 Infractions douanières liées au commerce extérieur, notamment en ce qui concerne la violation des règles définies dans le cadre de la politique commerciale de l'Union européenne. Article 459 Violation de certaines obligations fixées en matière de relations financières internationales (opérations soumises à contrôle ou à autorisation préalable).	3 à 10 ans d'emprisonnement et amende pouvant s'élever de 2 à 5 fois la valeur des marchandises. 5 ans d'emprisonnement et amende pouvant s'élever au double de la somme en jeu.

CODE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	Articles L. 335-2 à L. 335-4 Contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique. Article L. 343-1 Atteintes aux droits des producteurs de bases de données. Article L. 521-4 Contrefaçon de dessins et modèles. Article L. 615-14 Contrefaçon de brevets. Article L. 621-1 Atteinte au secret de fabrique. Articles L. 716-9 et L. 716-11 Contrefaçon de marques	3 à 5 ans d'emprisonnement et 300.000 à 500.000 euros d'amende ; 3 à 5 ans d'emprisonnement et 300.000 à 500.000 euros d'amende ; 3 à 5 ans d'emprisonnement et 300.000 à 500.000 euros d'amende ; 3 à 5 ans d'emprisonnement et 300.000 à 500.000 euros d'amende ; 2 ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende ; 3 à 5 ans d'emprisonnement et 300.000 à 500.000 euros d'amende.
CODE DE COMMERCE	Article L. 420-6 Pratiques anticoncurrentielles. Article L. 443-2 Baisse artificielle du prix des biens et services ou d'effets publics ou privés (diffusion d'informations mensongères ou calomnieuses, offres destinées à troubler les cours, utilisation de moyens frauduleux).	4 ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende. 2 ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende. 3 ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende pour les produits alimentaires.
CODE DE LA CONSOMMATION	Article L. 213-1 Tromperie portant notamment sur la nature, l'espèce ou l'origine des marchandises. Article 1, 1 bis et 2 -interdiction de communication de documents ou renseignements à des autorités publiques étrangères ; - interdiction de communication de renseignements tendant à la constitution de preuves dans des procédures judiciaires ou administratives étrangères.	2 ans d'emprisonnement et 37.500 euros d'amende. 6 mois d'emprisonnement et 18.000 euros d'amende ; 6 mois d'emprisonnement et 18.000 euros d'amende.

3.3. Réponse du ministère de l'Economie et des finances / DGCCRF

Notion de secret des affaires

1. Quelles sont, de votre point de vue, les informations, présentant une valeur stratégique pour l'entreprise, qu'il convient de protéger ?

Les informations qui ont une valeur stratégique sont celles qui concernent les produits, la politique commerciale, la structure des capitaux et des financements et celles relatives à l'environnement écologique, économique, financière de l'entreprise.

Les informations sur les produits visent au process de fabrication, à leur composition, à leurs performances. Celles sur la politique commerciale visent les relations clients fournisseurs et les négociations tarifaires, le développement et les parts de marché et toute donnée circonstancielle sur la politique de l'entreprise y compris les accords entre concurrents. Les éléments financiers visent la structure capitalistique et les données financières (fusions, rachats, prise de participation) autres que celles notifiées à la Commission Européenne ou à la DGCCRF.

Les connaissances des informations sur une entreprise permettent de la déstabiliser.

En fait ces domaines recoupent assez les compétences de la DGCCRF avec la qualité et la sécurité des produits, les pratiques restrictives de concurrence, les pratiques anticoncurrentielles, et les concentrations.

2. Quelles sont les dispositions législatives et réglementaires ou la jurisprudence qui offrent déjà, même partiellement, une telle protection pour chacune des informations visées à la question 1 ?

Les dispositions juridiques font obligation de délivrer certaines informations aux administrations mais les fonctionnaires sont tenus à la discrétion professionnelle non seulement sur les faits qu'ils constatent mais aussi sur les informations qu'ils pourraient apprendre à l'occasion de leurs contrôles. Pour la DGCCRF, l'attention des enquêteurs est attirée sur la nécessité de protection des informations détenues. Celles obtenues par le fait d'enquêtes sur la concurrence restent discrètes et celles sur les notifications de concentrations ne sont pas diffusées.

Ainsi les décisions de concentration indiquent obligatoirement les parts de marché des entreprises qui notifient leur volonté de concentrer leurs capitaux et celles de leurs concurrents, ainsi que les éventuels accords conclus entre les clients, fournisseurs et leurs concurrents. Ces éléments sont nécessaires à la motivation des décisions. En revanche, les versions publiques des décisions prennent soin d'occulter les secrets d'affaires – les parts de marché sont par exemple indiquées entre crochets. Il convient donc d'ajouter une référence à la motivation nécessaire des décisions de concurrence. Sous réserve des éléments nécessaires à la motivation des décisions administratives, les entreprises peuvent demander que certaines données ou noms d'entreprises soient occultés lors de la diffusion publique des affaires.

Les règlements européens réaffirment cette obligation de discrétion. Ainsi, l'échange de données entre l'Union européenne et les services nationaux se fait par des logiciels cryptés et sur des micros dédiés.

L'arsenal juridique vis à vis des concurrents est assez étendu et couvre de nombreux cas dans le cadre du droit privé voire pénal (contrefaçon).

3. Qui doit avoir le pouvoir de définir le caractère sensible/confidentiel d'une information ? Est-ce l'entreprise seule, ou est-ce que le cadre législatif et réglementaire doit définir des catégories d'informations à protéger ? Dans tous les cas, quelle doit être la marge de requalification laissée aux juridictions éventuellement saisies ?

A priori, c'est l'entreprise qui définit ses besoins de confidentialité car elle seuls connaît les informations qui peuvent lui paraître sensibles et les conséquences de leurs divulgations. Cependant, les besoins de transparence économique et sociale en limitent la portée, les entreprises ne pouvant alléguer abusivement de cette confidentialité. Établir des listes de confidentialité des informations d'entreprise ne correspondrait pas à la réalité des affaires. Pour certaines entreprises, un organigramme détaillé reste confidentiel alors que pour d'autres, il est diffusé sur Internet. En outre cette sensibilité peut être fluctuante en fonction des événements et des circonstances.

Risques et menaces

4. Par quelles voies les informations susmentionnées peuvent-elles être divulguées ou portées à la connaissance de tiers, en incluant les méthodes illégales, les obligations juridiques (transparence) et les défauts de protection imputables à l'entreprise elle-même ?

Les méthodes illégales telles que les cambriolages, soit matériels soit virtuels (piratage informatique) ne peuvent être reprises car il appartient à chaque entreprise d'avoir une politique de sécurité. En revanche les diverses possibilités de fuites en dehors de l'entreprise ne sont pas toujours examinées dans leur étendue. Les échanges avec les fournisseurs matières premières ou ingrédients) ou les prestataires de services (bien sûr, on peut songer aux services de nettoyage ou de gardiennage mais oublier d'autres services comme les agences publicitaires pour un lancement d'un produit ou d'une campagne) peuvent se révéler très enrichissants pour les concurrents. Le plus problématique reste cependant les informations dont la parution est légale et qui peuvent servir pour la notation de l'entreprise par des agences extérieures (problèmes boursiers). Il semblerait d'ailleurs que certaines PME ne satisfassent pas la totalité des obligations légales comptables ou fiscales afin d'éviter la diffusion de renseignements qui recoupés, peuvent donner une idée précise de l'entreprise. Enfin, les procédures judiciaires, et c'est d'ailleurs leur rôle attirent l'attention des concurrents sur certaines informations confidentielles (fraudes à la qualité par exemple)

En dernier lieu l'embauche ou la débauche de salariés chez les concurrents peut, malgré les clauses de non concurrence qui sont imposées mais qui peuvent être floues, constituer un bon moyen d'obtenir des informations

5. Quels sont les objectifs poursuivis par un détenteur non autorisé de l'information, pour chaque type d'informations (par exemple : pillage technologique, déstabilisation, captation de clientèle, etc.) ?

D'une façon générale, il s'agit bien de déstabilisation de l'entreprise par pillage technologique, concurrence déloyale, captation de clientèle ou des marchés (exemple de la commande publique), L'objectif est de s'assurer une prédominance sur le ou les concurrents par des moyens illégaux.

Sanctions et réparations

6. Quelle part respective faut-il accorder aux sanctions pénales et aux possibilités de dédommagement de l'entreprise lésée ?

Les sanctions pénales sont a priori plus dissuasives, d'autant qu'elles peuvent se cumuler avec des dommages demandés en partie civile. Toutefois, elles empêchent le recours à l'arbitrage qui peut être tout aussi efficace car il est plus rapide, confidentiel et permet un dédommagement plus conséquent.

7. La protection juridique du secret des affaires peut-elle prendre d'autres formes que des dispositions législatives ou réglementaires ("normes douces", comme par exemple des engagements déontologiques de la part d'une profession). Si oui, dans quels cas ?

La difficulté de l'application des dispositions législatives ou réglementaires pour résoudre le dol subi par une entreprise provient des procédures judiciaires et de leur durée. Souvent lorsque le jugement peut être appliqué et le préjudice indemnisé, l'entreprise a disparu ou se trouve dans une telle situation financière que le montant de l'indemnisation ne lui permettra pas de surmonter. Le plus souvent certaines pratiques de concurrence déloyale se résolvent par le recours à l'arbitrage.

Participation aux sous-groupes de travail

8. Remarques et propositions concernant les propositions ci-jointes de création de plusieurs sous-groupes thématiques

Le recours fréquent aux procédures civiles induit une mobilisation juridique dans les groupes de réflexion autour d'avocats ou de spécialistes de la DAJ. L'administration, quant à elle, a un regard externe tout en devant rappeler à ses agents les règles de confidentialité et mettre en application des règles de sécurité matérielle et informatique. Se pose néanmoins le problème de la diffusion de documents officiels qui facilite l'insertion de l'entreprise dans la vie économique, mais qui la fragilise en la rendant transparente pour des tiers.

9. Intérêt manifesté pour la participation à un ou plusieurs de ces sous-groupes. Préciser lesquels.

3.4. Réponse du ministère de l'Economie et des finances / DAJ

Le questionnaire adressé par le SGDN aux administrations traite de trois thèmes - la notion de secret d'affaires, les risques et menaces, les sanctions et réparations - qui appellent de la part de la DAJ les commentaires suivants :

1. Sur la notion de secret des affaires.

- Les besoins en la matière : quelles informations présentant une valeur stratégique doivent être protégées ?

Sur ce point, une enquête auprès des entreprises paraît éminemment souhaitable afin de définir quelles informations sont considérées comme particulièrement sensibles et parmi celles-ci, lesquelles leur paraissent les plus « fragiles » notamment au regard des procédures

de toute sorte (publicité légale, enquêtes administratives, procédures contentieuses, etc.) qui peuvent conduire à leur divulgation.

Il semble en effet que ce sont avant tout les entreprises qui sont en mesure de définir ce qui est stratégique pour elles, et donc sensible et à protéger. L'administration paraît assez peu qualifiée pour ce faire et pour ceux des « secrets » d'entreprises qui l'intéressent - dans le domaine de la défense par exemple - semble déjà disposer de procédures de protection suffisantes.

Toujours est-il que les réponses des entreprises à un tel questionnaire permettraient de dresser un « état des lieux » en la matière et le cas échéant de bien cibler les améliorations éventuelles à apporter au droit existant.

A titre d'exemple, les services du MINEFI connaissent les entreprises et les situations les plus fréquemment rencontrées en la matière. Un questionnaire - à rédiger par le groupe de travail ? - pourrait être adressé par son intermédiaire à une sélection d'entreprises (de taille, d'activités et de localisation géographique variées) à cette fin. Le traitement de nombreuses réponses à un questionnaire adressé de manière générale à toutes les entreprises via leurs organes représentatifs risquerait en effet d'être trop long et complexe.

2. Sur la notion juridique de secret des affaires

Dans son rapport sur la stratégie de sécurité économique nationale, M. B. Carayon observe qu'à la différence de la France, les Etats-Unis ont su se doter d'un droit des affaires protégeant efficacement et pragmatiquement les secrets économiques : la loi fédérale dénommée *Economic espionage act* ou *Cohen act* protège les entreprises et les particuliers contre le vol du secret d'affaires en réprimant lourdement les contrevenants. Le secret d'affaires y est notamment défini de manière particulièrement large.⁸

En droit français, selon B. Carayon, les informations sensibles de l'entreprise sont protégées par un ensemble de textes dont la cohérence et l'efficacité restent imparfaites. Ainsi :

- la loi n° 88-19 du 5/1/1988 relative à la fraude informatique n'est efficace qu'en cas d'intrusion ou tentative d'intrusion avérée et ne couvre pas la détention des informations contenues dans le système ;
- la législation sur le droit d'auteur et le droit des producteurs ne permet pas de protéger efficacement l'accès et l'utilisation des bases de données ;
- la loi n° 78-17 du 6/1/1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne protège que les informations nominatives ;
- la législation sur les brevets ne protège pas les méthodes, les savoir-faire ou les idées ;
- le secret de fabrique n'est opposable qu'aux personnes appartenant à l'entreprise ;
- la protection des logiciels ne couvre pas le champ des informations traitées par le logiciel lui-même ;
- la législation relative à la concurrence déloyale et aux clauses de non-concurrence est peu contraignante pour le contrevenant ;

⁸ Le secret d'affaires couvre ainsi « tout type d'information financière commerciale, scientifique, technique, économique, industrielle incluant modèles, plans, compilations, mécanismes, formules, dessins, prototypes, méthodes, techniques, procédés, procédures, programmes ou codes, qu'elle se présente sous forme matérielle ou immatérielle, qu'elle soit ou non stockée, compilée ou mémorisée physiquement, électroniquement, graphiquement ou par écrit. »

- l'article 410-1 du code pénal⁹ qui traite des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation paraît inopérant.

Il est exact qu'à l'heure actuelle, aucun texte législatif ou réglementaire ne définit les notions de « *secret en matière commerciale et industrielle* » et de « *secret des affaires* ». Le droit ne protège pas le secret des affaires de façon générique mais sa protection est indirectement assurée par des dispositions variées et par le juge.

Les notions de « *secret en matière commerciale et industrielle* » et de « *secret des affaires* » paraissent en effet assez larges même si elles ne bénéficient d'aucune définition textuelle :

- La notion de « *secret en matière commerciale et industrielle* » est employée par l'article 6 II de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Selon le guide de l'accès aux documents administratifs¹⁰, le secret en matière commerciale et industrielle se définit autour de trois axes :

- le secret des procédés qui fait référence au secret des brevets et au secret de fabrique ;
- le secret des informations économiques et financières qui couvre les renseignements relatifs à la situation économique d'une société, à sa santé financière et à son crédit ;
- le secret des stratégies commerciales (la commission d'accès aux documents administratifs utilise cette notion pour protéger certains documents fournis dans le cadre de la passation de marchés publics, et lorsqu'une entreprise demande une autorisation, un agrément ou une subvention).
- Une autre expression, issue du droit communautaire¹¹ qui a également été reprise par la jurisprudence administrative¹², est celle de « *secret des affaires* ».

Bien qu'elle soit évoquée dans des textes communautaire et français, cette notion n'a fait l'objet d'aucune définition. Cependant, selon la doctrine, 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* »¹³. La notion de secret des affaires paraît couvrir à la fois « *les secrets de production* »¹⁴, qui représentent un investissement de la part de l'entreprise (secret de fabrication, secret d'organisation interne et externe, secret de l'activité commerciale et financière) et « *les secrets de situation* »¹⁵ qui n'offrent pas un

⁹ Article 410-1 du Code pénal : « *Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel.* »

¹⁰ Guide de l'accès aux documents administratifs, Commission d'accès aux documents administratifs, deuxième édition, 1992, p. 89

¹¹ Articles 19 et 21 du règlement 17/62/CEE du 26 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité

¹² CE, 6 avril 2001, Vannier-Moreau et autres (Req. n°202420) / CE, 4 juillet 2001, association des épargnants de France et autres (Req. n°207090)

¹³ Bernard GENESTE, Le secret des affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence, Dalloz affaires, 1997, n°39.

¹⁴ Corine VAN DEN BUSSCHE, La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires, Les petites affiches, 10 novembre 1995, n°135, p.19

¹⁵ cf. note précédente

avantage économique direct mais qui présentent un intérêt du point de vue concurrentiel, en raison de leur caractère stratégique.

En matière pénale, la révélation d'un secret de fabrique est punissable lorsqu'elle est le fait d'un directeur ou salarié¹⁶ de l'entreprise mais non lorsqu'elle est le fait d'une personne participant à l'activité de l'entreprise à un autre titre (associé ou personne liée au titulaire du secret par un contrat d'entreprise).

En matière civile, la recherche des secrets des concurrents n'est pas fautive en elle-même ; elle le devient seulement lorsqu'elle est réalisée par des moyens déloyaux (embauche de personnel ayant quitté l'entreprise concurrente en vue de recueillir les secrets de fabrication ou de prendre connaissance des dossiers commerciaux de cette entreprise).

Par ailleurs, si la loi pénale ne sanctionne pas l'espionnage industriel en tant que tel, elle sanctionne le recours à différents moyens illicites utilisés par les entreprises pour obtenir les secrets de leurs concurrents :

- soustraction et détournement de documents confidentiels sanctionnés comme constituant les délits de vol (article 311-1 du code pénal¹⁷) ou d'abus de confiance (articles 314-118 et suivants, article 314-12 du code pénal),
- corruption d'employés (article L. 152-6 du code du travail¹⁹).

Il apparaît que la loi pénale couvre donc déjà un champ assez vaste d'actes délictueux que l'on peut rattacher aux actes d'espionnage économique.

Par ailleurs, d'autres dispositions visent à prévenir les divulgations intempestives. Des obligations de discrétion sont ainsi imposées aux membres d'un conseil d'administration (L 225-37 C.Com.) ou de surveillance (L 225-92 C.Com.) y compris les membres représentants des salariés (L 432-6 C. Travail), aux commissaires aux comptes (L 822-18 C.Com.), etc. ;

Bref, les dispositions protectrices ne paraissent pas manquer et la jurisprudence s'est adaptée aux nouveaux cas rencontrés. Certaines de ces dispositions pourraient cependant peut-être être complétées mais là encore, les résultats de l'enquête à réaliser auprès des entreprises permettraient de bien cibler lesquelles.

¹⁶ Article L. 152-7 du code du travail : « Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal ».

¹⁷ Article 311-1 du code pénal : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

¹⁸ Article 314-1 du code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

¹⁹ Article L. 152-6 du code du travail : « Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal ».

2. Risques et menaces

La protection physique relève du domaine de l'entreprise : il s'agit de mettre en place des procédures limitant physiquement l'accès aux informations sensibles (protection des locaux, accréditation des personnes habilitées à y accéder : employés, personnel d'entretien, fournisseurs). Il reste à analyser si ces procédures doivent bénéficier de sanctions juridiques spécifiques.

3. Sanctions et réparations

Il apparaît que les entreprises évitent souvent d'engager des actions pénales car d'une part, leur image médiatique peut être considérablement affectée par l'aveu d'un défaut de protection et d'autre part, le déclenchement de la procédure signifie que le juge devra rechercher la réalité des faits et donc mettre à jour d'autres éléments éventuellement confidentiels ou se rendre sur les lieux pour procéder à des perquisitions et à des saisies²⁰.

Cependant, l'existence de sanctions pénales fait partie des mesures de dissuasion et ne doit donc pas être sous-estimée. Au surplus, le droit pénal confère des moyens d'investigation plus larges et plus efficaces que le droit civil.

La perspective de devoir régler des dommages et intérêts ne suffit en effet, pas à décourager les auteurs d'actes délictueux car ils s'avèrent généralement sans proportion avec l'avantage frauduleusement acquis. Il conviendrait sans doute à cet égard, de favoriser une plus grande prise en compte du dommage causé.

3.5. Réponse de la Direction des affaires juridiques du ministère de la Défense

Le questionnaire sur le secret des affaires élaboré par le SGDN et transmis aux administrations, appelle de la direction des affaires juridiques du ministère de la défense, les commentaires suivants sur chacun des thèmes évoqués; la présente fiche aborde essentiellement ce qui touche à l'industrie de défense.

1. La notion de secret des affaires

1.1. Les informations présentant une valeur stratégique pour l'entreprise et qu'il convient de protéger

Deux points de vue sont à considérer :

- Les grands axes d'une politique technologique et sectorielle nationale: pour le ministère de la défense, ce champ recouvre la définition par grands domaines d'activité, des priorités de politique industrielle que la délégation générale pour l'armement (DGA) s'efforce de promouvoir en étroite liaison avec les industriels, en matière de préparation de l'avenir et d'innovation; la DGA pilote notamment des actions de recherche et technologie destinées à la réalisation de nos futurs armements au niveau de performance requis. Quarante technologies clefs ont été identifiées : celles qu'il est indispensable de maîtriser en 2015 pour pouvoir être en mesure de lancer alors la

²⁰ Dans le cadre des procédures judiciaires, le juge peut être amené à saisir des documents relevant du « secret des affaires ». Dans ce cas, les éléments saisis sont versés obligatoirement au dossier et donc portés à la connaissance de l'ensemble des parties, et notamment de personnes qui, en opportunité, ne devraient pas y avoir accès.

réalisation des armements qui apparaîtront nécessaires à cette échéance. Les commandes d'armement passées à l'industrie permettent de consolider une base industrielle et technologique de défense. Ceci concerne des entreprises de grande taille mais aussi un nombre important de PME moins connues qui maîtrisent des technologies sensibles strictement militaires ou le plus souvent duales. C'est donc dans ce cadre que se détermine la valeur stratégique des informations qu'il convient de protéger.

- Si l'on élargit le spectre au delà des industries de défense, il semble que se sont les entreprises qui sont le mieux à même, y compris dans le cadre de réflexions collectives pouvant être initiées au départ par l'administration, de définir celles des informations qu'elles estiment stratégiques et à protéger, y compris, le cas échéant, dans le cadre des procédures légales obligatoires (enquêtes administratives, publicité légale, contentieux, respect des règles de concurrence y compris européenne...). On peut donc envisager de cibler des secteurs considérés comme stratégiques (maîtrise technologique, maîtrise de savoir-faire complexes, emplois, création de valeur ajoutée, positionnement à l'export...) pour faire un état des lieux permettant aux entreprises de ces secteurs d'identifier quels sont leurs besoins en matière de protection du secret des affaires, et d'envisager ensuite dans quelle mesure l'administration peut contribuer à leur renforcement (initier et encourager des réflexions et travaux collectifs, mise en place de réglementations complétant ou corrigeant celles déjà existantes...).

1.2. Les systèmes de protection existants

1.2.1. *la protection du secret de la défense nationale*

Les informations stratégiques relatives à l'industrie de défense bénéficient aujourd'hui d'une protection dans le cadre des régimes juridiques de défense avec notamment la protection du secret de la défense nationale (article L 2311-1 du code de la défense).

1.2.2. *la réglementation des matériels de guerre*

Les matériels de guerre, armes et munitions sont soumis à autorisation (Titre III du Livre III de la Partie 2 "les régimes juridiques de défense" du code de la défense). L'article L2335-3 du code de la défense prohibe notamment l'exportation, sans autorisation, sous un régime douanier quelconque, des matériels de guerre et matériels assimilés. La procédure "CIEEMG" régit le démarchage commercial et l'exportation relatifs aux matériels de guerre et matériels assimilés.

1.2.3. *le contrôle de l'investissement étranger*

L'investissement étranger peut être le moyen d'accéder à des informations stratégiques et à des technologies protégées: la loi prévoit donc que certaines opérations financières puissent être soumises, par décret, à déclaration, autorisation préalable ou contrôle (art. L. 151-2 et L. 151-3 du CMF). C'est dans ce cadre que s'inscrit le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier. Ce décret est codifié aux articles R. 151-1 et suivants du CMF. Il instaure une procédure d'autorisation préalable spécifique pour certains investissements étrangers provenant soit de pays tiers, soit des Etats membres de la Communauté européenne (avec quelques nuances selon l'origine - communautaire ou non- des investissements).

Toutes les activités ne sont bien entendues pas concernées (la liste des secteurs visés est fixée par le décret). On trouve par exemple : les activités relatives aux moyens de cryptologie, les activités exercées par les entreprises dépositaires de secrets de la défense nationale notamment au titre des marchés classés de défense nationale, les activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudre et substances explosives destinées à des fins militaires, les activités exercées par les entreprises ayant conclu un contrat d'étude ou de fourniture d'équipements au profit du ministère de la défense...

2. Risques et menaces / sanctions et réparations

Les dispositifs de protection des informations sont mis en place dans le cadre de procédures législatives et réglementaires précisément définies en ce qui concerne le secret de la défense nationale. Leur non respect entraîne la mise en place de sanctions pénales (articles 410-1, 411-6, 411-7, 411-8, 413-9, 413-10, 413-11).

En ce qui concerne le non respect de la législation et de la réglementation en matière d'investissements étrangers, le Minefi recherche, en liaison avec le ministère de la défense, si la préservation des intérêts nationaux peut être obtenue à l'occasion de certaines investissements étrangers. Il peut assortir l'autorisation d'une ou plusieurs conditions (portant par exemple sur la préservation de la pérennité des activités, des capacités industrielles de l'entreprise dont le siège est en France, la sécurité de ses approvisionnements, les intérêts de la défense nationale...). S'il constate qu'un investissement étranger a été réalisé en méconnaissance des règles édictées, le Minefi peut enjoindre à l'interlocuteur de ne pas donner suite à son opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure. Des sanctions pécuniaires peuvent également être infligées.

Un étude des cas concrets de mise en œuvre de ces dispositions et du dispositif précédent que le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 vient de remplacer, pourrait cependant opportunément être réalisée afin de mesurer l'efficacité et l'effectivité de ces mesures de protection.

3.6. Réponse du ministère de l'Ecologie et du Développement durable

Le questionnaire adressé par le SGDN aux administrations appelle de la part du MEDD/SDAJ les commentaires suivants.

Notion de secret des affaires

1. Quelles sont, de votre point de vue, les informations, présentant une valeur stratégique pour l'entreprise, qu'il convient de protéger ?

Les informations relatives à l'environnement écologique de l'entreprise peuvent avoir une valeur stratégique. Mais convient-il de les protéger ?

2. Quelles sont les dispositions législatives et réglementaires ou la jurisprudence qui offrent déjà, même partiellement, une telle protection pour chacune des informations visées à la question 1 ?

Dispositions législatives et réglementaires régissant l'accès du public à l'information en matière d'environnement : Code de l'environnement (articles L. 124-1 à L. 124-8 et R.124-1 à

R. 124-5) ; loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal et décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la n° 78-753 du 17 juillet 1978.

Ces dispositions font obligation aux autorités publiques d'une part de communiquer à toute personne qui en fait la demande les informations relatives à l'environnement qu'elles détiennent et, d'autre part, de diffuser des informations relatives à l'environnement.

A signaler une définition très large des autorités publiques soumises à cette obligation qui englobe également les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement.

Par ailleurs, le code de l'environnement comporte des dispositions sectorielles prévoyant une communication ou une publicité de certains documents, notamment :

- Déchets : article L. 125-1, L. 141-1 et suivants du code de l'environnement
- Droit à l'information sur les risques majeurs : article L. 125-2
- Organismes génétiquement modifiés : article L. 125-3, L. 531-1 et suivants
- Droit à l'information sur la qualité de l'air : article L. 125-4 et L. 221-6
- Produits biocides : article L. 522-12
- Dossier mis à l'enquête publique pour les installations classées soumises à autorisation : article L.515-2, contenu du dossier fixé par décret]

Ces textes ne prévoient pas de dispositions particulières quant au secret industriel et commercial.

3. Qui doit avoir le pouvoir de définir le caractère sensible/confidentiel d'une information ? Est-ce l'entreprise seule, ou est-ce que le cadre législatif et réglementaire doit définir des catégories d'informations à protéger ? Dans tous les cas, quelle doit être la marge de requalification laissée aux juridictions éventuellement saisies ?

- A signaler le cas particulier des organismes génétiquement modifiés.

Le code de l'environnement (article L. 535-3) et la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement comporte des dispositions relative à la confidentialité (la transposition de cette directive en droit français n'est pas achevée). La directive prévoit notamment (article 25) que le notifiant (demandeur d'une autorisation de dissémination ou de mise sur le marché) « *peut indiquer quelles sont les informations contenues dans les notifications ... dont la divulgation pourrait nuire à sa position concurrentielle et qui devraient donc être traitées de façon confidentielle. Dans de tels cas, une Justification vérifiable doit être apportée* ». Il est également prévu que c'est l'autorité compétente, après consultation avec le notifiant, qui décide quelle sont les informations qui resteront confidentielles.

En revanche, certaines informations ne peuvent en aucun cas rester confidentielles.

- En ce qui concerne les installations classées soumises à autorisation,

Le dossier mis à l'enquête publique doit décrire les procédés mis en œuvre. Pour cette partie, il est prévu de laisser à l'exploitant de l'entreprise le soin de définir ce qu'il juge confidentiel

et qui ne sera communiqué qu'à l'administration chargée d'instruire le dossier. Par contre, le dossier mis à l'enquête publique doit décrire "les capacités techniques et financières" de l'entreprise.

Dans les cas non expressément prévus par la réglementation applicable aux installations classées, les avis de la CADA constituent une jurisprudence, notamment en matière de communicabilité des résultats des rejets de l'entreprise dans l'environnement.

Risques et menaces

4. Par quelles voies les informations susmentionnées peuvent-elles être divulguées ou portées à la connaissance de tiers, en incluant les méthodes illégales, les obligations juridiques et les obligations juridiques de transparence précitées, à noter que la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques prévoit (article 116) que le rapport annuel présenté par le conseil d'administration ou le directoire, à l'assemblée générale (société anonyme) doit comprendre des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences environnementales de son activité.

5. Quels sont les objectifs poursuivis par un détenteur non autorisé de l'information, pour chaque type d'informations (par exemple : pillage technologique, déstabilisation, captation de clientèle, etc.) ?

Pas d'observation.

Sanctions et réparations

6. Quelle part respective faut-il accorder aux sanctions pénales et aux possibilités de dédommagement de l'entreprise lésée ?

Pas d'observation.

7. La protection juridique du secret des affaires peut-elle prendre d'autres formes que des dispositions législatives ou réglementaires ("normes douces", comme par exemple des engagements déontologiques de la part d'une profession). Si oui, dans quels cas ?

Pas d'observation.

Il semble utile de réfléchir à une forme d'engagements déontologiques en ce qui concerne les bureaux d'études amenés à intervenir sur des dossiers "installations classées".

Participation aux sous-groupes de travail

8. Remarques et propositions concernant les propositions ci-jointes de création de plusieurs sous-groupes thématiques

Pas d'observation.

9. Intérêt manifesté pour la participation à un ou plusieurs de ces sous-groupes. Préciser lesquels.

Le MEDD est concerné par les travaux du sous-groupe n° 2 (recherche de l'équilibre entre obligations de transparence et intérêts de l'entreprise).

3.7. Questionnaire envoyé aux différents ministères sur la protection du secret des affaires

Les réflexions en cours sur la stratégie de sécurité économique nationale font ressortir qu'à la différence de la France, les États-Unis ont su se doter d'un droit des affaires protégeant efficacement et pragmatiquement les secrets économiques. La loi fédérale dénommée *Economic espionage act* ou *Cohen act* protège ainsi les entreprises et les particuliers contre le vol du secret d'affaires en réprimant lourdement les contrevenants. Le secret d'affaires y est notamment défini de manière particulièrement large.²¹

En droit français, aucun texte législatif ou réglementaire ne définit les notions de « *secret en matière commerciale et industrielle* » et de « *secret des affaires* ». Le droit ne protège pas le secret des affaires de façon générique mais sa protection est indirectement assurée par des dispositions variées et par le juge.

Ainsi, les notions de « *secret en matière commerciale et industrielle* » et de « *secret des affaires* » paraissent assez larges même si elles ne bénéficient d'aucune définition textuelle :

- La notion de « *secret en matière commerciale et industrielle* » est employée par l'article 6 II de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Selon le guide de l'accès aux documents administratifs²², le secret en matière commerciale et industrielle se définit autour de trois axes : le secret des procédés (des brevets et secrets de fabrique) ; le secret des informations économiques et financières (renseignements commerciaux, santé financière et crédit) ; le secret des stratégies commerciales²³.

- Une autre expression, issue du droit communautaire est celle de « *secret des affaires* », notion qui n'a cependant fait l'objet d'aucune définition. Selon la doctrine, 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* »²⁴. Le secret des affaires paraît couvrir à la fois « *les secrets de production* », qui représentent un investissement de la part de l'entreprise (secret de fabrication, secret d'organisation interne et externe, secret de l'activité commerciale et financière) et « *les secrets de situation* » qui n'offrent pas un avantage économique

²¹ Le secret d'affaires couvre ainsi « *tout type d'information financière commerciale, scientifique, technique, économique, industrielle incluant modèles, plans, compilations, mécanismes, formules, dessins, prototypes, méthodes, techniques, procédés, procédures, programmes ou codes, qu'elle se présente sous forme matérielle ou immatérielle, qu'elle soit ou non stockée, compilée ou mémorisée physiquement, électroniquement, graphiquement ou par écrit.* »

²² Guide de l'accès aux documents administratifs, Commission d'accès aux documents administratifs, deuxième édition, 1992, p. 89

²³ La commission d'accès aux documents administratifs utilise cette notion pour protéger certains documents fournis dans le cadre de la passation de marchés publics, et lorsqu'une entreprise demande une autorisation, un agrément ou une subvention

²⁴ Bernard GENESTE, Le secret des affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence, Dalloz affaires, 1997, n°39.

direct mais qui présentent un intérêt du point de vue concurrentiel, en raison de leur caractère stratégique²⁵.

Par ailleurs, si la loi pénale ne sanctionne pas l'espionnage industriel en tant que tel, elle sanctionne le recours à différents moyens illicites utilisés par les entreprises pour obtenir les secrets de leurs concurrents : soustraction et détournement de documents confidentiels sanctionnés comme constituant les délits de vol (article 311-1 du code pénal) ou d'abus de confiance (articles 314-1 et suivants, article 314-12 du code pénal), corruption d'employés (article L. 152-6 du code du travail). Il apparaît que la loi pénale couvre donc déjà un champ assez vaste d'actes délictueux que l'on peut rattacher aux actes d'espionnage économique.

En matière civile, la recherche des secrets des concurrents n'est pas fautive en elle-même ; elle le devient seulement lorsqu'elle est réalisée par des moyens déloyaux (embauche de personnel ayant quitté l'entreprise concurrente en vue de recueillir les secrets de fabrication ou de prendre connaissance des dossiers commerciaux de cette entreprise).

Enfin, d'autres dispositions visent à prévenir les divulgations intempestives. Des obligations de discrétion sont ainsi imposées aux membres d'un conseil d'administration (L 225-37 C.Com.) ou de surveillance (L 225-92 C.Com.) y compris les membres représentants des salariés (L 432-6 C. Travail), aux commissaires aux comptes (L 822-18 C.Com.), etc. ;

Compte tenu de ces éléments, un groupe de travail interministériel a été constitué sous l'égide d'Alain Juillet, Haut Responsable chargé de l'intelligence économique. Afin de mieux cerner les besoins des entreprises en la matière, les pouvoirs publics souhaiteraient connaître leur avis quant à la réalité de la protection que leur offre aujourd'hui le droit français en matière de secret des affaires au travers des points suivants :

1. Quelles sont de votre point de vue, les informations présentant une valeur stratégique pour l'entreprise qu'il convient de protéger ?
2. Les dispositions de protection du secret des affaires en droit français vous sont-elles aujourd'hui bien connues ?
3. Au regard de votre expérience, les dispositions existantes en droit français vous paraissent-elles suffisantes ? Le cas échéant, quels compléments ou modifications devraient selon vous, être apportés au corpus juridique existant ?
4. La mise en œuvre des dispositions de droit français visant à réprimer la violation du secret des affaires est-elle aisée ? Dans l'hypothèse où vous auriez engagé à cet effet des procédures devant les juridictions civiles et/ou pénales, estimez-vous leurs résultats satisfaisants ? Le cas échéant, quelles améliorations souhaiteriez-vous voir apporter en la matière ?
5. Si vous avez des activités à l'étranger, pouvez-vous indiquer les difficultés que vous rencontrez en matière de protection du secret des affaires ? Des injonctions légales de fourniture d'informations d'origine étrangère (enquêtes douanières, administratives ou judiciaires) dont vous avez connaissance peuvent-elles vous causer des difficultés ? Si oui, lesquelles en particulier ?
6. La protection du secret des affaires est autant affaire de protection légale que de protection physique. S'agissant de ce dernier aspect qui relève avant tout de l'organisation interne de

²⁵ Corine VAN DEN BUSSCHE, La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires, Les petites affiches, 10 novembre 1995, n°135, p.19

l'entreprise et de ses procédures, dans la mesure où ces procédures feraient l'objet d'une forme de certification, souhaiteriez-vous que des sanctions juridiques spécifiques leur soient attachées afin de renforcer cette protection ? Quelles autres mesures suggérez-vous ?

4. Notes

4.1. La notion de secret des affaires (Claude MATHON)

S'ils s'y réfèrent parfois (le site Légifrance répertorie 142 textes), c'est en vain que l'on peut rechercher une définition du secret des affaires dans les textes. Il s'agit pourtant d'une notion qui n'est pas inconnue de la Justice qui s'y réfère elle aussi, sinon souvent, au moins parfois²⁶. Il en va ainsi tant de la Justice française que de la Justice européenne (Tribunal de première instance et Cour de Justice Communautés européennes).

Dans la Justice française

Le danger couru par les juges est d'être instrumentalisés par des personnes désireuses d'avoir accès à des données qu'elles ne pourraient obtenir autrement. Cela explique certaines constitutions de partie civile qui donnent la possibilité, après l'ouverture de l'information judiciaire, d'avoir accès au dossier et aux pièces qu'il contient. C'est également le cas des actions dites « in futurum » qui permettent de se préconstituer une preuve dans la perspective d'un futur procès. Mais outre la deuxième chambre civile de la Cour de cassation chargée de cette matière, il arrive que d'autres chambres se réfèrent au secret des affaires, de même que le Conseil d'État.

Les actions « in futurum »

Elles sont prévues par l'article 145 du Nouveau code de procédure civile (NCPC) : *« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé »*.

Il s'agit donc de se procurer des éléments de preuve dans la perspective d'un procès qui pourrait donc n'avoir jamais lieu si le demandeur estime que les éléments obtenus ne lui permettent pas d'engager celui-ci. Mais les éléments auront été obtenus... Le juge peut donc se faire involontairement le vecteur d'une opération d'espionnage que l'on pourrait qualifier de « judiciaire », voire de déstabilisation. Cela appelle donc à une vigilance particulière de sa part, d'où le recours à la notion de secret des affaires.

Le juge doit donc s'assurer :

- que la demande est fondée ;
- que l'intention d'engager ultérieurement un procès est véritable ;
- que les documents recherchés sont des moyens de preuve effectifs ;
- que, conformément à l'article 145 susvisé du NCPC, le motif de la demande est légitime.

C'est alors qu'intervient la notion de secret des affaires, généralement invoquée par la partie demanderesse en cassation. Cependant, celui-ci n'est pas en lui-même un obstacle à l'action ;

²⁶ Le secret des affaires est relativement souvent invoqué par les parties demandereses devant la Cour de cassation qui elle-même ne s'y réfère expressément que parfois.

il est l'un des éléments du motif légitime. Cette position résulte d'un arrêt rendu le 7 janvier 1999²⁷ par la 2^{ème} chambre de la Cour de cassation dans lequel il est affirmé « *que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du NCPC, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits des parties qui les a sollicitées* ». Cette position tranche avec la position antérieure de la Cour de cassation qui reconnaissait une autonomie au secret des affaires²⁸. Il n'en reste pas moins un élément fondamental, comme cela a été ultérieurement réaffirmé, notamment dans un arrêt de la même chambre rendu le 8 février 2006²⁹.

La vigilance du juge doit par ailleurs s'étendre à l'exécution des mesures d'instruction qu'il a accordées. Ainsi, celles-ci ne doivent pas être générales mais au contraire, très ciblées, limitées à la stricte nécessité, sous le contrôle d'un huissier de Justice. A défaut, les mesures d'instruction seront annulées et l'entreprise spoliée pourra obtenir réparation, sauf que dans ce cas, le mal, difficilement réparable, aura été fait...

Les autres cas de recours à la notion de secret des affaires

D'autres chambres de la Cour de cassation ont recours à la notion de secret des affaires :

- la première chambre civile :

C'est en matière de saisie-contrefaçon que la première chambre civile s'est expressément référée au secret des affaires dans un arrêt du 8 décembre 1998³⁰ : « *Et attendu que la cour d'appel a retenu la saisie-contrefaçon, que la société AMC « savait parfaitement ne pouvoir faire pratiquer », lui avait permis d'avoir connaissance d'informations sur un concurrent, relevant du secret des affaires ; qu'elle a ainsi caractérisé la faute retenue à l'encontre de la société AMC et souverainement évalué le préjudice qui en était résulté pour la société BEA* ».

- la chambre commerciale :

Celle-ci se réfère également au secret des affaires, essentiellement pour rappeler que les pièces produites doivent être soumises au débat contradictoire. On en trouve un exemple dans un arrêt rendu le 9 juillet 1996³¹ concernant la Direction de la concurrence et de la consommation, aux termes duquel, selon un attendu de principe souvent repris « *si l'administration peut être fondée à garantir l'anonymat de certaines personnes entendues et doit respecter le secret des affaires, dès lors qu'elle produit des pièces pour justifier de présomptions de pratiques anticoncurrentielles au soutien d'une demande d'autorisation de visite et saisie, l'ordonnance qui l'accorde en visant et analysant lesdites pièces ne peut les soustraire à l'examen contradictoire des parties nécessaire à l'exercice du recours qu'elles sont en droit d'introduire contre ladite ordonnance* ».

- la chambre sociale :

Dans un arrêt du 15 mars 2000³², la chambre sociale se réfère elle aussi au secret des affaires en argumentant : « *Et attendu que [la cour d'appel] a relevé que l'activité professionnelle exercée par le salarié à l'insu de son employeur dans une entreprise*

²⁷ Bulletin 1999, II, n° 3, p. 2

²⁸ 2^{ème} chambre civile - 14 mars 1984 - Bulletin 1984, II, n° 49 : « *l'expertise sollicitée mettrait immanquablement la société MB en possession des secrets de fabrication de la partie adverse* ».

²⁹ Bulletin 2006, II, n° 44, p. 37

³⁰ Non publié

³¹ Bulletin 1996, IV, n° 214, p. 186

³² Non publié

potentiellement concurrente de la sienne constituait un manquement à l'obligation de loyauté et à la clause de secret des affaires ; qu'en l'état de ces seules constatations, elle a pu décider que le comportement du salarié rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ».

Dans la jurisprudence administrative

Le Conseil d'État se réfère également au secret des affaires. On peut citer la décision suivante rendue le 5 mars 2003³³ : « *Les dispositions de l'article 68 du code des marchés publics, relatives à l'appel d'offres sur performances, aux termes desquelles "la personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre" ne sauraient avoir pour effet d'affranchir la personne responsable du marché du respect du secret des affaires, de la propriété intellectuelle et de l'égalité des candidats* ».

Également, concernant le Conseil de la concurrence, on peut citer une décision du 9 mai 2001³⁴ : « *Considérant, toutefois, qu'aucun des moyens ainsi formulés n'est de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée dès lors notamment que l'autorité administrative se doit, de sa propre autorité d'occulter au stade de la publication de l'avis du Conseil de la concurrence toute mention qui porterait atteinte au secret des affaires ; que d'ailleurs, des mesures en ce sens sont évoquées par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie dans ses observations sur la requête* ».

Dans la Justice européenne

Il est indispensable et intéressant d'observer comment le secret des affaires est abordé par la Justice de l'Union européenne, ne serait-ce qu'en raison du caractère supérieur des normes européennes par rapport à celles du droit national.

Il apparaît d'emblée que l'approche est radicalement différente de celle évoquée ci-dessus par les juridictions nationales françaises, même si la nécessité de la confidentialité de certaines pièces se heurte également aux impératifs du respect des droits de la défense.

C'est au niveau du Tribunal de première instance des Communautés européennes que la réflexion a été menée.

Elle trouve sa source dans l'article 116, paragraphe 2 du règlement de procédure, aux termes duquel : « Si le président admet l'intervention, l'intervenant reçoit communication de tous les actes de procédure signifiés aux parties. Le président peut cependant, à la demande d'une partie, exclure de cette communication des pièces secrètes ou confidentielles ».

Cette procédure n'est pas sans rappeler, comme cela est explicité par ailleurs, celle qui est légalement utilisée en France par le Conseil de la concurrence ou, de façon prétorienne, par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

L'article 116, paragraphe 2 trouve sa source dans l'article 214 du traité instituant la Communauté européenne (traité CE) qui prévoit notamment pour les membres et les agents des institutions de la Communauté « *de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel et, notamment, les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient* ». C'est dire le caractère supérieur de la norme qui par ailleurs donne également une

³³ Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres, Assemblée, 5 mars 2003, A, M. Denoix de Saint Marc, pdt., M. Chantepy, rapp. ; M. Piveteau, c. du g., 233372

³⁴ Conseil d'État, 9 mai 2001, n° 231320, Société Chef France SA

ébauche de définition du secret des affaires. Celui-ci est d'ailleurs expressément visé dans les décisions du Tribunal de première instance. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt du 17 décembre 1991³⁵ aux termes duquel (point 54) : « *la Commission a l'obligation de rendre accessible aux entreprises impliquées dans une procédure ... l'ensemble des documents à charge et à décharge qu'elle a recueillis au cours de l'enquête, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents de la Commission et d'autres informations confidentielles* ».

C'est dans une ordonnance du 4 avril 1990³⁶ que le Tribunal de première instance a défini la procédure à respecter dans le point 11, désormais appelé « test Hilti » : pour chaque pièce, le président doit examiner dans quelle mesure seront effectivement conciliés le souci légitime de la requérante d'éviter que ne soit portée une atteinte essentielle à ses intérêts commerciaux et le souci, tout aussi légitime, des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits et d'exposer leur thèse devant le Tribunal. Après avoir examiné si la pièce est secrète ou confidentielle, il y aura lieu de rechercher si elle est utile, nécessaire ou indispensable³⁷ à la compréhension du litige. La procédure a été complétée dans une ordonnance du 3 juin 1997³⁸ relatif au traitement confidentiel de pièces concernant un tiers au litige, le Tribunal n'étant pas lié par l'accord de confidentialité passé par la partie au litige et ce dernier.

Il n'est pas inintéressant d'examiner les ordonnances plus récemment rendues à la suite de cette jurisprudence, d'autant qu'elles permettent de cerner la notion de secret des affaires :

- Ordonnance du Tribunal du 10 février 2000, Galileo et Galileo International/Conseil, T-113/99, point 16 : les données couvertes par le secret des affaires sont définies comme des « *données sensibles, précises et détaillées, qui ne sont normalement accessibles ni au grand public ni même aux milieux spécialisés* ».

Point 20 : les informations relatives aux prix des produits et aux revenus de leur vente sont considérées comme secrètes, quelle que soit la partie intervenante.

- Ordonnance du Tribunal du 8 novembre 2000, Tirrenia di Navigazione e.a/Commission, T-246/99, non publiée au recueil. Point 20 : la partie présentant une demande de confidentialité doit préciser les pièces ou informations visées et motiver leur caractère confidentiel.

Point 22 : le seul fait d'avoir dû effectuer des démarches auprès d'autorités publiques afin d'obtenir la communication de pièces ne suffit pas à qualifier celles-ci d'informations secrètes ou confidentielles.

- Ordonnance du Tribunal 23 avril 2001, Esat Télécommunications Ltd./Commission, T-77/00, point 29 : la possibilité d'être ultérieurement utilisée par la partie adverse au cours d'une procédure devant un tribunal national ne suffit pas à faire soustraire une pièce de l'obligation de communication.

Point 53 : un document interne à une compagnie, qui a été joint à une requête, ne peut dès lors être qualifié de document confidentiel.

Point 59 : les données de nature économique et commerciale constituent des secrets d'affaires.

³⁵ Hercules Chemicals/Commission (T-7/89, Rec. p. II-1711)

³⁶ Hilti/Commission, T-30/89, Rec. p. II-163

³⁷ Le vocabulaire varie selon les décisions.

³⁸ Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-879

Point 71 : les données de nature financière et technique constituent des secrets d'affaires.

Point 84 : les informations relatives aux clients et aux marges brutes constituent des secrets d'affaires.

- Ordonnance du Tribunal du 1^{er} août 2003, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission, T-198/01, point 40 : le nom du cabinet d'experts-comptables ainsi que celui de l'expert-comptable ayant présenté des expertises pour un tribunal national ne constituent pas des secrets d'affaires.
- Ordonnance du Tribunal du 22 février 2005, Hynix Semiconductor/Conseil, T-383/03, Rec. 2005 p. 11-621, points 32 et 33 : la demande de confidentialité doit être précise et la motivation faite pièce par pièce.

Point 34 : à la lumière de la jurisprudence antérieure, il est possible d'établir une distinction entre des informations qui sont par nature secrètes (telles que des informations d'ordre commercial, concurrentiel, financier ou comptable) ou confidentielles (telles que des informations purement internes), et des pièces ou informations susceptibles de revêtir un caractère secret ou confidentiel, ce qu'il appartient alors au demandeur de démontrer.

Point 36 : il appartient au président de chambre de statuer uniquement sur les pièces et informations dont la confidentialité est contestée.

Points 39 et 40 : le président n'est aucunement lié par les accords de confidentialité passés entre la partie demanderesse et un tiers au litige, ni par le traitement confidentiel qui a pu être accordé à certaines informations par la Commission des Communautés européennes pendant la procédure administrative d'un litige.

Point 42 : lorsque des pièces ou informations dont la confidentialité est contestée lui apparaissent comme secrètes ou confidentielles, le président procède à la mise en balance des intérêts en présence (cf. Ordonnance Hilti /Commission, supra, point 11: « // importe de déterminer, pour chaque pièce du dossier pour laquelle un traitement confidentiel est demandé, dans quelle mesure seront effectivement conciliés le souci légitime de la requérante d'éviter que ne soit portée une atteinte essentielle à ses intérêts commerciaux et le souci, tout aussi légitime, des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits et d'exposer leur thèse devant le Tribunal »).

Point 46 : la partie demandant le traitement confidentiel doit toujours envisager la possibilité d'une communication des pièces qu'elle estime secrètes ou confidentielles aux intervenants.

Point 47 : il est indifférent qu'un intervenant s'engage à ne pas divulguer les pièces ou informations estimées confidentielles et à ne les utiliser qu'aux fins de son intervention.

Point 56 : les informations auxquelles les milieux spécialisés, sinon le grand public, peuvent avoir accès ne peuvent être considérées comme secrètes ou confidentielles.

Point 57 : les informations dont les intervenants peuvent licitement prendre connaissance, ainsi que celles qui peuvent se déduire d'autres informations auxquelles ils ont accès, ne peuvent se voir accorder un traitement confidentiel.

Point 59 : les informations ne présentant pas un degré de spécificité ou de précision suffisant ne peuvent être considérées comme secrètes ou confidentielles.

Point 60 : les informations qui ont été considérées comme secrètes ou confidentielles, datant de 5 ans ou plus, ne peuvent plus se voir accorder de traitement confidentiel et doivent être tenues pour historiques, à moins qu'elles ne constituent toujours des éléments essentiels de la stratégie commerciale de la partie demanderesse ou du tiers concerné.

Point 63 : constituent par nature des secrets d'affaires « *certaines informations chiffrées ou techniques relatives à la politique commerciale et à la position concurrentielle de la partie demanderesse ou du tiers qu'elles concernent (...) dans la mesure où de telles informations sont spécifiques, précises et récentes* ».

Point 64 : de même, constituent par nature des secrets d'affaires « *certaines informations chiffrées ou techniques relatives à la situation financière de la partie demanderesse ou à des engagements conclus par elle à ce sujet avec des tiers au litige (...) dans la mesure où de telles informations sont spécifiques, précises et récentes* ».

- Ordonnance du Tribunal du 21 février 2006, Schneider Electric S A/République française, T-351/03, points 25 et 26 : les informations datant de plus de cinq ans et considérées dès lors comme historiques peuvent être communiquées aux parties intervenantes, dans un souci de bonne administration de la justice.
- Ordonnance du Tribunal du 15 juin 2006, Deutsche Telekom/Commission, T-271/03, Rec. 2006 p. 11-1747, point 12 : la contestation de confidentialité par les parties intervenantes doit porter sur des éléments précis et indiquer les motifs pour lesquels la confidentialité devrait leur être refusée.

En conclusion, au moment où la jurisprudence française ne fait plus référence au secret des affaires que comme l'un des éléments du motif légitime permettant d'apprécier la légitimité du recours à l'article 145 du NCPC et alors que certains textes et décisions judiciaires ou de la Justice administrative citent le secret des affaires sans jamais le définir, les normes et la jurisprudence européennes l'érigent quasiment en dogme. Il convient d'en tirer les conséquences sur le plan national, ne serait-ce qu'en raison de la supériorité des normes européennes, notamment en créant devant les juridictions civiles une procédure analogue à celle mise en place par la juridiction européenne et à l'image de celle qui existe déjà devant le Conseil de la concurrence.

4.2. Les secrets des affaires en matière de droit des contrats (Corinne CHAMPAGNER KATZ)

Dans un contexte de mondialisation de l'économie, **les informations économiques, financières, technologiques détenues au sein d'une entreprise** constituent aujourd'hui un réel patrimoine sur lequel sont fondées sa richesse, sa croissance économique ainsi que sa compétitivité.

De plus en plus, les acteurs économiques cherchent ainsi à protéger efficacement leurs biens informationnels.

Mais, face aux évolutions toujours plus rapides des technologies de l'information **et de leur mise en circulation**, c'est une course quasiment perdue d'avance pour les sociétés qui voient ainsi leur patrimoine divulgué, et ainsi indéniablement fragilisé.

Il apparaît ainsi nécessaire d'étudier quelle est la réponse française qui doit être apportée à cette exigence légitime de protection des informations laquelle, selon le droit américain, relève du « secret des affaires ».

Rappel des données déjà connues :

Le « secret des affaires » n'est défini de façon générale ni par les réglementations françaises et communautaires, ni par les juges.

Il existe un vide juridique abyssal.

Nous disposons seulement d'indices pour mieux comprendre cette notion.

On observe notamment, d'après une étude de la pratique du Conseil de la Concurrence, que les informations relevant du « secret des affaires » correspondent à celles **dont la divulgation ou la transmission à un tiers peut gravement léser les intérêts des entreprises.**

De plus, comme l'a précisé Monsieur l'Avocat Général Claude Mathon, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes ajoute, dans une ordonnance rendue du 10 février 2000 dans l'affaire Galiléo et Galiléo International/ conseil (T-113/99, point 16), que, relève du secret des affaires « les données sensibles et détaillées, qui **ne sont normalement accessibles ni au grand public, ni même aux milieux spécialisés** ».

En pratique, ces informations relevant du « secret des affaires » selon les entreprises, sont généralement : le savoir-faire, les données financières (chiffre d'affaires, résultat d'exploitation), les données économiques (fichiers clients....), ainsi que des données sur les caractéristiques de l'offre présente dans le contrat.

La loi française ne protège **qu'indirectement** ces informations, grâce à divers textes particuliers, sans qu'il n'existe de disposition d'ordre général.

Le secret des affaires en matière contractuelle :

En dehors de toute réglementation, les parties sont libres de pouvoir aménager contractuellement la protection de leur propre information stratégique.

En effet, ne faisant que rarement référence **stricto sensu** au « secret des affaires », la pratique des **clauses ou accords de confidentialité** relative à la protection de telles informations s'est développée en **France et sur les marchés internationaux**, par exemple celles incluses dans le contrat de travail roumain, ainsi que celles dans les contrats de vente d'armes étrangères.

L'ensemble des systèmes normatifs ne définit pas de manière spécifique cette pratique contractuelle et ne l'encadre que de manière limitée.

En **Droit Français**, seules certaines dispositions du **Droit du travail et du Droit de la Défense** y font référence, s'accompagnant de certains **principes du Droit Européen des Contrats et du Droit International.**

Quant aux juges, leur intervention reste occasionnelle du fait du faible chiffre d'actions en justice engagées par les parties lésées.

En pratique, la liberté des parties est telle qu'elles ont créé **des obligations au secret**, tantôt étendue comme le **secret stricto sensu** consistant en l'absence totale de divulgation des informations déterminées dans le contrat, tantôt limitée comme la **confidentialité** se basant sur une divulgation sélective de l'information.

Cette diversité caractérise également les domaines des informations relevant du « secret des affaires » puisque qualifier ces dernières comme tel suppose l'appréciation de leur détenteur.

Ainsi, l'information relative « aux affaires » est autant diversifiée qu'il n'existe de contrats dans lesquels les parties considèrent que l'intérêt de leur entreprise est en jeu.

La liberté contractuelle est de mise dans ce domaine, aussi bien pour **définir** que pour **organiser** la protection de la confidentialité du « secret des affaires ».

Dans une telle pauvreté juridique, on peut légitimement se demander si le mode contractuel est, à lui seul, un instrument de protection efficace du « secret des affaires ».

Après avoir décrit le **paysage juridique** entourant la confidentialité d'ordre stratégique dans le contrat (I), nous l'apprécierons en nous concentrant sur le Droit Français (II).

I Le paysage juridique entourant le secret des affaires en matière de droit des contrats

L'accord de confidentialité est une pratique peu connue de l'ensemble des systèmes juridiques.

Les systèmes juridiques aussi bien communautaires, internationaux que nationaux, **sont d'une timidité affichée (A)**. Etant donné cette pauvreté juridique globale, on ne peut que se contenter de relever certaines **difficultés d'ordre théorique caractérisant les clauses de confidentialité en Droit Français (B)**

A) La timidité affichée de l'ensemble des systèmes juridiques

Le Droit Français comme le Droit Communautaire ainsi que le Droit International ne donnent **aucune définition générale ni n'encadrent la pratique des clauses de confidentialité relative aux affaires**.

Mais, le Droit Communautaire et le Droit International sont plus présents que la législation française car ces derniers reconnaissent de manière **explicite l'existence et la validité des clauses de confidentialité, quelque soit le domaine de l'information protégée par ce clauses**.

1) Le silence quasi-total du droit français

- Les textes ne prévoient **ni définition générale, ni régime spécifique** applicable à la clause de confidentialité relative aux informations stratégiques.
- -Le législateur n'intervient qu'indirectement et uniquement de manière sectorielle.
- -En effet, la confidentialité en matière contractuelle n'est **jamais abordée de manière explicite** mais il existe des dispositions spécifiques qui, après analyse, peuvent l'encadrer.

Ce cadre est très restreint. Il n'existe que lorsque les informations relèvent de la défense nationale et lorsqu'il existe un secret de fabrique que tout salarié est tenu de respecter au titre de son contrat de travail.

Les informations stratégiques relatives à l'industrie de la défense sont par nature stratégiques et bénéficient d'une protection avec notamment les dispositions de l'article L 2311-1 du Code de la Défense qui pose un principe de protection du secret de la défense nationale.

En application de ce principe, l'article L 2335-3 du code de la Défense soumet à autorisation l'exportation, l'importation de matériels de guerre et matériels assimilés.

Ensuite, l'article L 151-3 du code Monétaire et Financier prévoit une procédure d'autorisation préalable obligatoire spécifique à certains investissements étrangers qui pourrait permettre d'avoir accès à des informations confidentielles.

Ainsi, lorsqu'un contrat a pour objet une information liée à la défense nationale qui est donc par nature confidentielle, sa conclusion est soumise à une autorisation légale préalable.

En matière de droit du travail, en vertu de l'article L 152-7, le législateur sanctionne pénalement le fait, par tout salarié ou directeur, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique par une peine de deux ans de prison et de 30 000 euros d'amende.

Ainsi, le Droit Français semble admettre le principe même de l'obligation de confidentialité née du contrat de travail et incombant à tout salarié d'une entreprise possédant des secrets de fabrique. La qualité même de salarié suffit donc à engager le receveur de l'information, si cette dernière est confidentielle.

- La jurisprudence française semble avoir validé le principe de confidentialité conventionnelle lorsqu'elle est relative aux informations stratégiques, notamment dans l'affaire des chantiers modernes du 3 octobre 1978 relative à des contrats de communication de savoir-faire. Mais il n'y a que trop peu de contentieux pour se prononcer de façon certaine.

2) La pauvreté du Droit Communautaire et du Droit International

Le Droit Communautaire et le Droit International sont plus généreux. Même sans aborder « stricto sensu » les clauses de confidentialité relatives aux informations stratégiques, le principe de la gestion contractuelle semble admis.

- Contrairement au Droit Français, un devoir général de confidentialité est reconnu comme principe général en droit international et en droit communautaire, et ceci en toute matière contractuelle.
- Au sein de ces corps de principes, il est notamment prévu qu'ils sont applicables lorsque le droit existant est insuffisant. Comme c'est le cas ici, leurs dispositions ont donc toute autorité en la matière sur le territoire français.

Plus précisément, l'article 2.16 des Principes Unidroit relatifs aux négociations de contrat de commerce international de l'année 2004 reconnaît l'existence d'un devoir de confidentialité dès le stade des négociations précontractuelles et rend obligatoire l'indemnisation d'une violation fautive de cette obligation.

Tout comme l'article 2.302 des Principes européens du Droit de Contrats de l'année 1998, il énonce qu'« il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni de l'utiliser à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura tiré l'autre partie ».

- Le droit communautaire ne reconnaît la validité de la clause de confidentialité que dans un unique secteur, celui des accords de transferts de technologies, par le Règlement du 31 janvier 1996 n° 240/96 de la Commission Européenne.
- Enfin, nous constatons que la jurisprudence européenne reste silencieuse dans ce domaine.

La confidentialité conventionnelle relative aux informations stratégiques est en principe admise mais n'est pas encadrée de manière globale. Les parties peuvent librement l'organiser. Mais, elles peuvent être confrontées à des difficultés d'ordre hypothétique.

B) Les relatives fragilités du mécanisme contractuel en France

En l'absence de tout régime spécifique de ces clauses, il est raisonnable de penser que les parties vont appliquer le Droit Commun des Contrats.

Cette application peut provoquer certaines difficultés surtout quand l'obligation principale du contrat est la confidentialité.

Nous tentons de dresser un inventaire représentatif de ces difficultés lesquelles ne représentent qu'une valeur théorique, étant donné le peu de contentieux en la matière.

1) Quant à la formation du contrat ayant pour objet principal la confidentialité

En principe, en vertu des dispositions de l'article 1108 du Code Civil, quatre conditions cumulatives sont exigées pour la validité de la convention : « le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain ainsi qu'une cause licite dans l'obligation. »

L'information elle-même peut être une source de difficultés, quant à l'objet du contrat et quant à l'expression du consentement au sein du contrat.

Tout d'abord, avec le développement des mentions confidentielles sur les supports confidentiels (documents, sites internet, documents en ligne...) posent des difficultés.

La doctrine soulève la question de savoir si ce mode d'expression caractérise un consentement exprès.

Par ailleurs, déterminer quel sera le contenu de l'information à protéger au sein du contrat est une mission ardue.

L'objet du contrat de confidentialité peut ne pas être certain, violant ainsi les prescriptions de l'article 1108. Le caractère nécessairement évolutif de l'information peut empêcher les parties de définir avec précision celle qui est objet du contrat. Il peut arriver que le contenu de l'information ne soit connu qu'après la conclusion du contrat.

L'article 1129 du Code civil impose que la chose, objet du contrat, soit au moins déterminée quant à son espèce. Or, le contenu lui-même de l'information stratégique dans le contrat est complexe : une formulation trop détaillée de celle-ci peut exposer le créancier au risque de sa divulgation par le débiteur mal intentionné mais peut lui permettre, assez paradoxalement, de prouver plus efficacement la violation de l'obligation de confidentialité. Il faut donc désigner l'information confidentielle sans en révéler le contenu, ce qui est d'une extrême subtilité pour les parties.

L'étendue des obligations du débiteur est difficile à déterminer. En effet, la nature de l'obligation peut évoluer. Au départ, le receveur de l'information se doit de ne pas divulguer l'information. Il est donc en principe tenu d'une obligation de ne pas faire. Mais, avec la dématérialisation de l'information, il sera obligé d'assurer matériellement l'information, par exemple en devant installer des pare-feux bloquant l'accès à l'information confidentielle présente sur un site internet. Son obligation devient donc une obligation de faire. La nature de l'obligation du débiteur peut être complexe à définir, ce qui a des conséquences notables pour la mise en œuvre du contrat ayant pour objet la confidentialité.

2) Quant à la mise en œuvre du contrat ayant pour objet principal la confidentialité

La nature variable de l'obligation du receveur de l'information confidentielle peut sérieusement mettre en cause l'efficacité de telles conventions.

Le respect de celles-ci peut être difficile à imposer au débiteur qui sera difficilement tenu pour responsable en cas de violation de son obligation de confidentialité.

Les dispositions de l'article 1315 du Code Civil fait peser la charge de la preuve de l'existence de l'obligation de confidentialité et de sa violation sur le créancier. Or, sa tâche est complexe.

En vertu de l'article 1145 du Code Civil, si l'obligation du débiteur est une obligation de ne pas faire, il suffit pour le créancier lésé d'apporter la preuve de l'acte positif de divulgation commis par le débiteur.

Or, cette preuve est difficile car l'objectif du débiteur était l'absence de divulgation de l'information stratégique et non la protection de la confidentialité. Ceci implique que le créancier est obligé lui-même d'assurer la sécurité de l'information.

Distinguer ce qui est exclusivement imputable au débiteur de ce qui ne l'est pas, est une tâche difficile. Une difficulté s'ajoute quand il existe une pluralité de confidents.

Si c'est en plus une obligation de faire, il incombe aussi au créancier de prouver que le débiteur n'a pas tout mis en œuvre pour protéger l'information qu'il lui avait confié.

Dans tous les cas, l'article 1162 du Code Civil prévoit, en cas d'imprécision sou de maladresses dans la définition de l'obligation principale, le doute profite au débiteur.

A cela s'ajoute, pour engager valablement la responsabilité contractuelle du débiteur, la preuve de d'un lien causal existant entre l'inexécution fautive et le préjudice, ainsi que celle du préjudice.

A supposer la preuve de ce dernier établie, quelque soit la nature pécuniaire ou morale du dommage, il est difficile à évaluer par les parties. Il semble impossible de connaître avec précision les conséquences concrètes de la perte d'un secret, chose immatérielle.

En vertu de l'article 1149 du Code Civil, le préjudice d'ordre pécuniaire s'apprécie au regard de la perte ou du gain manqué. Ainsi, le dommage économique causé par la perte d'une information stratégique n'est donc qu'hypothétique, ce qui rend son évaluation d'autant plus incertaine.

Quant au préjudice moral consistant généralement en l'atteinte à la réputation du détenteur de l'information, la complexité de son évaluation est un principe.

Ainsi, les conditions d'engagement de la responsabilité du débiteur fautif semblent difficiles à réunir.

Mais, si ces difficultés d'ordre probatoire sont surmontées, la réparation du préjudice né de la divulgation fautive est plus facile à mettre en œuvre.

L'exécution forcée est en principe exclue puisque la divulgation d'information est définitive.

La réparation par le versement de dommages et intérêts semble être un principe acquis en Droit International et en Droit Communautaire. En effet, les Principes Unidroit du Droit International et du Droit Communautaire rendent obligatoire leur versement dont le montant est basé sur « le bénéfice que la partie en défaut a retiré de la divulgation des informations à un tiers ».

Mais, comme les parties, le juge fait lui-même face à des difficultés d'évaluation des dommages et intérêts à verser. Il accordera rarement une réparation proportionnée au regard du préjudice, ce dernier étant lui-même complexe à évaluer.

En tout état de cause, la fragilité des clauses de confidentialité décrite ci-dessus n'a qu'une valeur hypothétique et ne peut être une donnée certaine. Mais, elle mérite d'être prise en compte.

Ces difficultés sont donc à relativiser car, étant donné le peu de contentieux, il est raisonnable de penser qu'elles ne sont présentes que rarement et que la pratique contractuelle actuelle est efficace.

Mais pour le cas où elles deviendraient fréquentes, l'intervention du juge s'avère être nécessaire pour éclaircir ce flou juridique grâce à une appréciation in concreto de l'information confidentielle litigieuse en cause.

Encore faut-il permettre au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation en toute liberté, tout en lui apportant des aides diverses, comme il en sera question dans cette dernière partie.

II Appréciation et analyse du système Français

Au regard des éléments soulevés dans la présente étude et dans les projets antérieurs, nous ne pouvons que constater **le bien-fondé de l'absence de d'intervention générique du législateur Français (A)**.

Mais, l'absence de toute intervention serait dangereuse. En effet, afin d'anticiper et de résoudre les difficultés déjà soulevées, nous préconisons **une intervention ciblée** dans le système Français **(B)**.

A) Le bien –fondé de l'absence de d'intervention générique du législateur Français

Nous préconisons de ne pas effectuer de réforme instaurant une **définition et un régime génériques** de la confidentialité des affaires dans le contrat.

L'absence de toute définition générale des clauses de confidentialité relatives aux informations stratégiques des entreprises est à maintenir en l'état pour les raisons suivantes :

Une légalisation extrême nous semble inappropriée en cette matière : tout secret suppose une appréciation personnelle par son détenteur. Les informations considérées confidentielles peuvent donc être d'une diversité infinie et une définition synthétique de celles-ci ne pourrait être que nécessairement inexacte et incomplète.

Imposer un cadre objectif à une donnée subjective nous paraît être une tâche destinée à l'échec.

Une telle réglementation rendrait la notion même de secret, contre-productive.

La géométrie variable des informations stratégiques confidentielles impose donc au législateur de s'effacer au profit du juge, tiers impartial et garant de l'intérêt général. Ce dernier pourrait se livrer en toute liberté à une appréciation concrète de la notion de secret des affaires, définissant ses contours au grès de l'opportunité.

Les entreprises sont les seules qui sont apte à définir elles-mêmes les informations qu'elles estiment confidentielles. L'existence d'une réforme générique reviendrait à nier l'autonomie des parties, inhérente à la notion même de secret des affaires.

Il nous semblerait opportun de ne pas créer **un régime légal spécifique** à la confidentialité conventionnelle des « affaires ».

Comme il en a déjà été question, il existe de nombreuses dispositions spécifiques imposant des sanctions efficaces (droit pénal, droit fiscal, droit du travail) hors de toute violation contractuelle.

De plus, la sanction contractuelle nous paraît efficace à moins d'envisager des mesures spécifiques pour anticiper les difficultés de ce mécanisme contractuel.

B) Des mesures ciblées

Nous préférons envisager une intervention légale limitée, uniquement sous un angle procédural, pour privilégier une action pratique visant à encourager les parties et le juge.

1) Des projets législatifs

Certaines lois actuelles sont des freins à l'efficacité de clauses de confidentialité relatives aux affaires.

- Il existe un paradoxe procédural qu'il conviendrait d'effacer. En effet, dans l'hypothèse de contentieux en cette matière, le succès de l'action en justice autant que l'obligation légale du contradictoire impose au créancier de dévoiler l'information qu'il estimait confidentielle afin que le préjudice né de la divulgation fautive de celle-ci soit prouvé et donc réparé.

Or, contrairement à la procédure civile, la procédure actuelle devant le Conseil de la Concurrence peut être intéressante car elle repose sur la possibilité pour la partie de notifier elle-même au Conseil les informations qu'elle estime confidentielles.

Ce dernier doit apprécier quelles sont les informations nécessaires à la procédure et qui doivent donc être communiquées à la partie adverse.

Pour plus d'efficacité et pour éviter d'aggraver l'encombrement actuel des juridictions, nous pourrions transposer cette procédure à des formations juridictionnelles spécialisées dans le secret des affaires devant lesquelles la procédure serait spécifique. Ce serait peut-être une piste à explorer.

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, imposant une obligation de transparence aux entreprises sur certains documents, est un obstacle sérieux à la mise en œuvre des clauses de confidentialité.

Il réduit considérablement le champ du secret contractuel. Pour autant, nous n'envisageons pas de remettre en cause cette disposition, qui est conforme au Droit Communautaire. Mais, l'intervention du juge serait un compromis permettant de respecter tant la libre-concurrence que la nécessité du secret attaché aux affaires.

Il pourrait vérifier la légitimité d'une telle clause au regard des principes de libre-concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie.

2) Des mesures pratiques

Si on parvient à supprimer le frein procédural, les parties pourraient alors préciser à leur guise la teneur de l'information visée. Cette précision pourrait être une aide précieuse pour le juge.

Si les parties peuvent, sans risque de divulgation, préciser dans le contrat les chefs des préjudices potentiels. Le juge pourrait plus aisément calculer le montant des dommages et intérêts.

Il nous semble donc primordial de laisser les parties définir librement les informations stratégiques dans le contrat.

Elles doivent réaliser qu'elles engagent leur responsabilité et doivent pour cela être mieux informées des risques de divulgation.

Etant donné la technicité des systèmes d'informations actuels, il serait intéressant de proposer aux entreprises des formations professionnelles spécifiques.

Elles pourraient mieux maîtriser la diffusion de leur information et disposerait d'un réel instrument de contrôle de l'exécution de l'obligation de confidentialité par le débiteur.

Les parties pourraient, de plus, fournir des indices au juge, en cas de litige, sur la nature et l'étendue de l'obligation du débiteur.

En conclusion, nous préférons donner un rôle prépondérant au juge plutôt que réformer globalement le système légal français actuel au risque de nuire au concept même de secret.

Le recours au juge pourrait être un contrôle efficace, pragmatique ainsi que limité par les clauses de confidentialité relatives aux affaires et leur application.

Les nécessités du secret des affaires, des règles de la libre concurrence, ainsi que de la liberté contractuelle pourraient être ainsi respectées et conciliées.

4.3. Secret des affaires et propriété intellectuelle (Corinne CHAMPAGNER KATZ)

Préambule législatif et réglementaire

Le Code de la Propriété Intellectuelle a récemment fait l'objet de modifications législatives et réglementaires essentielles et déterminantes pour la sécurité économique des entreprises :

- *La loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : cette loi a pour objet d'unifier les différents aspects procéduraux de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, dessins et modèles, marques, brevets etc). Les dispositions de cette loi renforcent les mesures provisoires et probatoires mises à la disposition de l'entreprise copiée (saisie contrefaçon, droit à l'information) et instaurent une meilleure réparation du préjudice de la victime. Par ailleurs, elle introduit, d'une manière floue et hésitante la possibilité de saisir le Tribunal de Grande Instance en matière de propriété littéraire et artistique, ces tribunaux devant être désignés par décret.*
- *Le décret n°2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire : ce décret est essentiellement relatif à la modification de la carte judiciaire. Néanmoins, l'article R211-7 inséré dans ce décret attribue compétence exclusive au Tribunal de Grande Instance de Paris en matière de marques, dessins et modèles communautaires*
- *Le décret n°2008-624 du 27 juin 2008 pris pour l'application de la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon et portant modification du code de la propriété intellectuelle : celui-ci établit le délai dans lequel doit intervenir une assignation en contrefaçon, suite à des opérations de saisie contrefaçon. Ce délai est*

le même dans toutes les matières de la propriété intellectuelle, à l'exception du droit d'auteur, matière où aucun délai n'est prévu.

- *Le décret n°2008-625 du 27 juin 2008 modifiant le code de la propriété intellectuelle : celui-ci porte essentiellement sur les procédures de retenue en douane.*
- *La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie : il s'agit d'une loi relative au statut de l'entrepreneur individuel, aux PME, aux baux commerciaux, à la protection du consommateur, au numérique, à la finance... Le chapitre III intitulé « développer l'économie de l'immatériel » instaure un **transfert de compétence, en matière de propriété littéraire et artistique et de concurrence déloyale, des Tribunaux de Commerce au profit des Tribunaux de Grande Instance**. La liste de ces TGI appelés à connaître du contentieux du droit d'auteur doit être déterminée par décret. Celui-ci n'est à ce jour pas intervenu.*

En l'absence de définition légale du « *secret des affaires* », la pratique tend à considérer que cette notion recouvre les informations dont la divulgation ou la transmission à des tiers peut gravement léser les intérêts de l'entreprise.

Il s'agit pour la majeure partie d'informations commerciales et stratégiques, qui peuvent se définir autour de trois axes :

- les secrets des procédés,
- les informations stratégiques et financières,
- les stratégies commerciales.

Ces informations font partie intégrante du processus de création.

Or, la propriété intellectuelle, quelque soit l'outil juridique envisagé, porte sur des créations de l'esprit humain.

En effet, la propriété intellectuelle se divise usuellement entre la propriété industrielle, qui englobe les brevets, les signes distinctifs et les créations techniques et ornementales, et la propriété littéraire et artistique qui comprend le droit d'auteur et les droits voisins y afférent (droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes etc).

Le dénominateur commun de ces droits, à l'exception des droits voisins, est sans nul doute la création, laquelle à ce jour constitue une source de richesses économiques et ainsi un véritable enjeu sensible et stratégique pour les entreprises.

Il est dès lors indispensable pour les entreprises de protéger l'accès à leur patrimoine intellectuel, élément fondamental de leurs actifs et cible essentielle du secret des affaires.

Le monopole temporaire d'exploitation conféré aux titulaires de créations intellectuelles par les droits de propriété intellectuelle s'avère insuffisant pour protéger certains éléments ou informations nécessaires à la création. Certaines entreprises préfèrent avoir recours au secret.

Après avoir examiné quel est l'objet de ce secret en propriété intellectuelle (I), nous apprécierons la réparation et la prévention de ces atteintes en droit français (II).

I. L'objet du secret des affaires en matière de propriété intellectuelle

Alors même que les droits de propriété intellectuelle reposent sur un système de divulgation, le secret peut être l'objet même de la protection (A) ou encore être appréhendé lors de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle (B).

A. le secret, objet de protection

L'octroi de droits exclusifs d'exploitation implique nécessairement la divulgation de la création au public, à l'exception des droits d'auteur qui existent dès leur création.

Cependant, si la création est protégée en tant que telle, l'ensemble des techniques, méthodes et connaissances qui ont contribué à élaborer cette dernière sont insusceptibles de protection par ces droits exclusifs. Le recours au secret peut être le seul moyen de préserver la confidentialité de ces informations.

Seules quelques dispositions éparses protègent le secret des affaires en matière de propriété intellectuelle. Pour être pleinement efficace, la protection de ces secrets doit être assurée tant au sein de l'entreprise (1), que dans les rapports avec les tiers contractants (2). Des motifs d'intérêt général justifient une protection particulière au niveau des débats devant les juridictions (3).

1. le secret des affaires au sein de l'entreprise

Les dispositions légales protégeant le secret en matière de propriété intellectuelle en tant que tel se limitent à celles relatives au secret de fabrique.

En effet, l'article L152-7 du code du travail, reproduit à l'article L621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, érige en délit pénal le fait pour un salarié de révéler aux tiers un secret de fabrique.

La violation de ce secret de fabrique est notamment punie de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende.

Aucune définition du secret de fabrique n'a été donnée par le législateur. La jurisprudence a donc délimité les contours de cette notion et considéré que constituent des secrets de fabrique :

- « *des procédés de fabrication d'une certaine originalité, bien que d'une hauteur inventive modeste, qui offrent un intérêt pratique et commercial pour celui qui les mets en œuvre, en ce qu'ils permettent une amélioration de la production et une diminution du prix de revient* » (Cour d'Appel de Paris, 13 juin 1972, pourvoi rejeté par Crim. 20 juin 1973, Ann. prop.ind. 1974, 85)
- « *les caractéristiques techniques originales de machines créées par un industriel, permettant de mettre en œuvre un procédé de fabrication qui offre un intérêt pratique et commercial et qui ont été cachées aux entreprises concurrentes.* » (Cour d'Appel de Paris, 2 février 1973, pourvoi rejeté par Crim. 12 juin 1974, Ann. prop.ind. 1974, 97)

Bien que protégeant efficacement ou à tout le moins de façon dissuasive le savoir-faire des entreprises, cette disposition est insuffisante car limitée aux seuls rapports entretenus par l'entreprise avec ses employés.

2. le secret des affaires de l'entreprise dans ses rapports avec les tiers

En effet, le législateur français a laissé le soin aux entreprises de veiller elles-mêmes à la protection de leurs secrets dans ses rapports avec les tiers.

L'entreprise est amenée à conclure avec des tiers des contrats ayant pour objet principal son savoir-faire, par exemple un contrat de licence d'exploitation d'un droit, un contrat de communication de savoir-faire.

Ces contrats traduisent et illustrent la valeur économique du savoir-faire propre à l'entreprise.

Il est primordial pour cette dernière que soit préservée la confidentialité des informations échangées tant lors de la phase pré-contractuelle des pourparlers, que lors de l'exécution du contrat lui-même et à l'issue de ce dernier et de ses conséquences.

A cet effet, les parties concluent des conventions de confidentialité au stade des pourparlers et insèrent des clauses de confidentialité dans leur contrat.

La définition du contenu de l'information à protéger l'étendue de l'obligation n'est pas aisée.

Paradoxalement, définir avec précision le secret à ne pas révéler dans le contrat revient à le divulguer. De plus, les informations liées au secret n'étant pas figées, leur évolution de ce doit être encadrée au fur et à mesure de l'exécution de la convention.

En revanche, moins le secret sera décrit avec précision dans le contrat, plus la preuve de sa violation sera sujette à discussion et à conflit.

La rédaction de ces contrats ou clauses de confidentialité se présente comme délicate.

La dématérialisation de l'information rend cette délimitation encore plus ardue car elle pose nécessairement le problème de la protection matérielle de l'information afin de contrer son accès.

Malgré ces difficultés, dans la pratique, les entreprises ont régulièrement recours à ces contrats ou clauses.

3. le secret et l'intérêt général

Dès lors qu'une procédure judiciaire est engagée sur le fondement d'un titre de propriété intellectuelle, certaines informations relatives au secret des affaires risquent d'être révélées au cours des débats. Cependant, ces procédures ne font l'objet d'aucun aménagement particulier, à moins que l'intérêt de la Sûreté de l'Etat ne soit en cause.

Certaines dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle imposent le secret des débats à tous les degrés de juridiction dans des cas isolés ayant trait principalement à la défense nationale.

Ce secret des débats est imposé en cas :

- d'indemnisation du titulaire d'une demande de brevet d'invention faisant l'objet d'une prorogation d'interdiction et de publication. (Article L612-10 du CPI),
- et de licence d'office (article L613-19 du CPI) et d'expropriation (article L613-20 du CPI) pour les besoins de la Défense Nationale.

Dans ces mêmes matières, les décisions rendues en Chambre du Conseil doivent être dénuées de toute analyse de l'invention de nature à en entraîner sa divulgation (articles R613-37 et R613-42 du CPI)

De plus, seuls le ministère public, les parties ou leurs mandataires peuvent en obtenir copie.

Ces dispositions ont pour finalité la préservation des intérêts de la Nation et non du secret des affaires.

Si le secret des affaires fait l'objet d'une faible protection juridique en tant que tel par le droit de la Propriété Intellectuelle, il a néanmoins vocation à être invoqué et opposé au cours des procédures tendant à la protection des créations industrielles.

B. Appréhension d'informations relevant du secret des affaires lors de la mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle

La mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle permet au demandeur d'appréhender des informations relevant du secret des affaires du défendeur, notamment au moyen de la procédure de saisie contrefaçon. Elle constitue un instrument probatoire simple et non contradictoire. Par le biais de cette procédure, le saisissant cherche à caractériser la matérialité des actes de contrefaçon, mais également son étendue et le préjudice généré par ces actes. A cette fin l'huissier de justice mandaté est autorisé à saisir divers documents pouvant relever du secret des affaires.

Il est primordial que l'exercice et la protection de ces droits ne soient pas détournés de leur finalité et deviennent un outil d'espionnage industriel, permettant l'appréhension déloyale de données stratégiques pour le concurrent.

La saisie contrefaçon est autorisée par une ordonnance sur requête présentée au Président du Tribunal du lieu du saisi.

En théorie, le saisi n'a pas la possibilité de s'opposer à la saisie de ses informations confidentielles.

Le rôle du magistrat autorisant la saisie apparaît ainsi comme primordial. Il lui appartient d'examiner la réalité de la finalité probatoire et de bien délimiter la mission de l'officier instrumentaire, afin d'éviter tout abus.

Le maintien de cet équilibre entre la lutte contre la contrefaçon et la préservation du secret des affaires est essentiel et se situe au cœur du débat.

Bien que faisant indirectement référence au secret des affaires, la loi du 27 octobre 2007, transposant la directive européenne en date du 29 avril 2004, complétée par le décret n°2008-624 du 27 juin 2008, élargit considérablement le champ de la saisie contrefaçon (1) et institue un droit à l'information (2).

Ces dispositions semblent privilégier la lutte contre la contrefaçon au-delà de la préservation du secret des affaires.

1. extension du champ de la saisie-contrefaçon

La nouvelle loi a unifié la procédure et, conformément à la pratique actuelle, étendu le champ de la saisie contrefaçon à « *tout document s'y rapportant* » et à la « *saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants* » (articles L332-1 2° droit d'auteur et droits voisins ; L521-4 dessins et modèles ; L615-5 brevets ; L716-7 marques ; L722-4 indication géographique ; L 343-1 producteur de bases de données).

Cette extension du champ de saisie vise directement des éléments relevant du secret des affaires. En effet, en l'absence de définition de l'expression « *tout document s'y rapportant* », il semble que le législateur ait voulu inclure toutes les informations nécessaires à la détermination de l'étendue de la contrefaçon et du préjudice en découlant, soit principalement les documents comptables et financiers, les marges brutes, mais également toutes informations quelle que soit leur nature ayant trait au produit contrefaisant.

Enfin, « *saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants* » permet de révéler les procédés de fabrication du saisi.

L'utilisation de cette procédure peut ainsi permettre à un saisissant déloyal de capter des secrets appartenant à son concurrent sans offrir de garantie de défense et de protection du secret à ce dernier.

Le décret du 27 juin 2008 renforce encore la procédure de saisie, mais en y apportant une garantie quant à la préservation du secret des affaires : « *Le président du tribunal de grande instance peut ordonner, au vu du procès-verbal de saisie, toute mesure pour compléter la preuve des actes de contrefaçon allégués. A la demande de la partie saisie agissant sans délai et justifiant d'un intérêt légitime, il peut également prendre toute mesure pour préserver la confidentialité de certains éléments.* » (Article R521-5 dessins et modèles ; R615-4 brevets ; R716-5 marques ; R722-5 indication géographique ; R623-53-1 obtention végétale).

En cas de détournement de la procédure de saisie-contrefaçon, les garde-fous ou recours ouverts au saisi sont inefficaces à la préservation du secret des affaires. En effet, la possibilité pour le juge d'exiger la constitution d'une garantie permet uniquement d'assurer l'indemnisation du saisi en cas d'absence de fondement de la procédure ou de son annulation.

Les seules voies ouvertes au saisi contre la procédure de saisie contrefaçon sont l'annulation de la saisie en l'absence d'engagement d'une instance au fond dans les délais fixés par les dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle, la mainlevée ou le cantonnement des effets de la saisie et la procédure de référé en rétractation de l'ordonnance selon les dispositions du droit commun de l'article 497 du Code de Procédure Civile.

En ce qu'ils interviennent postérieurement à la saisie, ces recours ne font pas obstacle à la révélation des secrets d'affaires du saisi et sont inopérants à leur préservation. Cette absence de garantie offerte au saisi a été renforcée par l'instauration du droit à l'information.

2. Droit à l'information

Toujours animé par un souci de démanteler les réseaux de contrefaçon, le législateur a adapté les dispositions du droit commun de la preuve (articles 138 à 142 du NCPC relatives à l'obtention de pièces détenues par un tiers ou une partie) aux spécificités de l'action en contrefaçon.

Ce faisant, il a introduit par la loi du 27 octobre 2007 un droit d'information au profit des titulaires de droits dans les différents domaines de la propriété intellectuelle (L331-1-2 droit d'auteur ; L 521-6 dessins et modèles ; L615-5-2 brevet ; L623-27-2 obtention végétale ; L716-7-1 marque ; L722-5 indication d'origine).

Le demandeur pourra solliciter de la juridiction saisie, la production forcée sous astreinte de documents ou informations, dont l'objet est précisé par les textes :

« *Les documents ou informations recherchés portent sur :*

- a) les nom et adresse des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des produits ou services, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants ;*
- b) les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues ou commandées, ainsi que le prix obtenu pour les produits ou services en cause. »*

Cette mesure permet encore une fois l'accès par le demandeur à des informations confidentielles, tant économiques que commerciales, détenues par le défendeur ou même un tiers à la procédure.

En effet, les personnes pouvant être visées par cette mesure ne sont pas nécessairement des parties à l'instance. Le texte vise « *le défendeur ou toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services utilisés dans des activités de contrefaçon ou encore qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services.* »

Bien qu'extrêmement large, ce droit d'information n'est pas absolu et est subordonné à l'absence « *d'empêchement légitime* ».

Alors que cette notion est opposable uniquement selon le droit commun par les tiers enjoins de produire une pièce en leur possession (article 141 du NCPC), la loi du 27 octobre 2007 ne semble pas faire de distinction entre les parties à l'instance et les tiers en possession de ces documents ou informations.

Aucune définition précise de l'empêchement légitime n'est donnée. Il appartiendra à la jurisprudence ou au décret d'application de déterminer si cette notion recouvre celle de « *secret des affaires* ».

Cependant, un parallèle avec la jurisprudence relative aux dispositions des articles 141 et 145 du nouveau Code de Procédure Civile ouvre des pistes de réflexion.

La jurisprudence relative à l'article 141 du même Code reconnaît que le secret professionnel constitue un empêchement légitime à la production d'un élément de preuve (Civ 1^{ère}, 21 juillet 1987), à moins que la dissimulation de l'élément sollicité « *ne soit dictée par le seul désir illégitime de la personne de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers* » (Civ. 1^{ère}, 19 mars 1991)

De même, la Chambre Commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 8 Juillet 2003 casse dans toutes ses dispositions l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes au motif que la banque portait atteinte au secret dont bénéficiaient le ou les tiers bénéficiaires des titres et que le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil.

S'agissant des mesures *in futurum* de l'article 145 du NCPC, la jurisprudence prend soin de mettre en balance l'intérêt de la partie poursuivante et la préservation du secret des affaires.

Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre Commerciale du 5 janvier 1988 (Bull. n° 7), l'expertise comptable demandée (afin de déterminer "*tous faits susceptibles de caractériser des actes de concurrence déloyale*") aurait permis, selon la cour d'appel, à la demanderesse "*de connaître, malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente*".

La Chambre commerciale a relevé que cette considération avait, avec d'autres, conduit la Cour d'Appel, dans son appréciation de l'utilité de la mesure sollicitée, à constater l'absence de motif légitime.

Enfin, un arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 janvier 1999 (Bull. n° 4) pose en principe que *"le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées"*.

L'analyse de cette jurisprudence conduit à penser à juste titre que le secret des affaires pourra constituer un empêchement légitime à la production forcée des pièces, mais fera l'objet d'une appréciation au cas par cas des intérêts en présence.

II. Prévention et réparation de l'atteinte au secret des affaires en propriété intellectuelle

Actuellement, l'objectif des pouvoirs publics est de préserver au mieux les droits de propriété intellectuelle, de lutter contre la contrefaçon. Cette politique est conduite au détriment du secret des affaires.

Cette politique de répression ne doit cependant pas être utilisée à des fins d'espionnage industriel. Il peut apparaître comme nécessaire de sanctionner les éventuels détournements et abus des procédures de protection des droits de propriété intellectuelle par l'utilisation des moyens de droit commun (A) d'une part, et par l'instauration de procédures encadrant la révélation du secret des affaires (B).

A. la réparation de l'atteinte au secret des affaires par le droit commun

La définition et l'instauration d'une protection spécifique du secret des affaires risquent non seulement de permettre un recours excessif à cette notion, bloquant ainsi toute procédure, mais également d'être inadéquate du fait de l'absence d'homogénéité dans la définition du caractère confidentiel d'une information en fonction du secteur industriel en cause.

Par ailleurs, les moyens de droit existant permettent de définir et de sanctionner les atteintes au secret des affaires par les titulaires de droits de propriété intellectuelle.

En effet, le détournement de la procédure de saisie-contrefaçon est sanctionnable sur le terrain de l'abus de droit (1) et de la concurrence déloyale (2).

1. Abus de droit

L'abus de droit est une notion jurisprudentielle classique, qui permet de sanctionner tout usage d'un droit qui dépasse les limites de l'usage raisonnable.

L'exercice d'une voie de droit devient fautive dès lors qu'elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou encore une erreur grossière équipollente au dol.

L'article 32-1 du NCPC sanctionne sur ce fondement l'abus du droit d'agir en justice.

Selon la jurisprudence, la saisie contrefaçon est tenue pour abusive lorsque :

- la saisie, suivie d'un rejet de l'action au fond, s'est déroulée dans des conditions abusives,
- le saisissant ne pouvait se méprendre sur l'absence de ses droits.

En cas d'appréhension d'informations ou documents susceptibles de relever du secret des affaires au cours de la saisie, les magistrats distinguent le cas où le secret portait effectivement sur les moyens argués de contrefaçon et pouvait être appréhendé sans abus, de celui où le secret appréhendé était étranger à la preuve d'une éventuelle contrefaçon.

L'examen porte sur la nécessité de la procédure au regard de la preuve de la contrefaçon.

fares, mais la preuve de cet abus sera difficile à rapporter. Si les documents non communiqués par le saisi au nom du secret des affaires ne sont pas versés au débat, il sera impossible de les qualifier et d'affirmer que leur rétention est abusive.

Pour qualifier l'abus du saisi, la production des pièces, soit la divulgation du secret, est nécessaire.

2. Concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale permet de sanctionner sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, les manquements aux usages loyaux du commerce s'ils interviennent entre entreprises dans le cadre d'une concurrence directe.

En principe, les trois conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle doivent être réunies :

- la faute (dénigrement, désorganisation, imitation, parasitisme)
- le préjudice (nuire à l'image d'une entreprise, diminution du chiffre d'affaires)
- le lien de causalité.

En matière de concurrence déloyale et de parasitisme, la faute se manifeste par tout acte contraire aux usages du commerce, traduisant un excès dans l'utilisation de la liberté du commerce et de l'industrie.

La faute en cas d'atteinte déloyale au secret des affaires pourrait être caractérisée par l'engagement d'une procédure de saisie contrefaçon dans l'unique but d'avoir accès à une information stratégique de son concurrent. La démonstration de l'intention fautive du saisissant sera donc déterminante.

Le préjudice pourrait relever de l'utilisation de l'information obtenue dans le cadre de la saisie par le saisi non pour déterminer la contrefaçon ou son préjudice, mais à des fins commerciales (par exemple l'utilisation du fichier clients saisi pour démarcher de nouveaux clients pour son produit). La preuve de l'utilisation déloyale de l'information s'avèrera cependant difficile à rapporter.

L'adaptation des moyens de droit existant à la définition et la sanction de l'atteinte au secret des affaires est efficace, mais ne constitue pas une protection adéquate du secret. Ces derniers permettent uniquement de réparer l'atteinte au secret. Ils interviennent donc a posteriori, une fois le secret divulgué. Or, la valeur économique d'un secret disparaît avec sa divulgation, car il est impossible de revenir à l'état antérieur.

Prévoir une réparation de l'atteinte au secret par le détournement des procédures de protection des droits de propriété intellectuelle est nécessaire, mais non primordiale. L'essentiel pour les acteurs économiques est de prévenir l'atteinte au secret par l'instauration des procédures

permettant de garantir avant tout procès et au cours de la procédure le respect du secret des affaires.

B. l'encadrement de la révélation du secret des affaires

Dans le cadre de l'établissement de la preuve de la contrefaçon, une entreprise peut être contrainte de révéler des informations relevant du secret des affaires.

Afin de préserver et de maintenir l'équilibre entre les intérêts de chacune des parties, il est essentiel que seules les informations utiles au litige soient révélées.

A cet égard, le législateur ou la pratique pourrait s'inspirer de la procédure instituée devant le Conseil de la Concurrence relative au traitement des informations jugées confidentielles par une partie.

La partie a la possibilité de notifier elle-même au Conseil les informations qu'elle estime confidentielles. Le Président du Conseil apprécie si la communication de ces informations est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits. En cas de refus de communication des pièces, ces dernières sont retirées du dossier ou certaines mentions occultées.

S'il le juge nécessaire, le Président du Conseil peut verser ces pièces dans une annexe confidentielle au dossier, qui ne sera communiquée qu'au commissaire du gouvernement et à la partie mise en cause pour laquelle l'élément est nécessaire à l'exercice de leurs droits.

La transposition de cette procédure à l'action en contrefaçon est envisageable, mais nécessite une adaptation en cas d'opposition du secret des affaires au stade de la saisie- contrefaçon.

En effet, si le secret des affaires est invoqué par le saisi lors des opérations de saisie, deux solutions sont concevables :

- soit l'officier instrumentaire procède à la clôture provisoire de ses opérations dans l'attente de la saisine d'un juge, qui statuera sur le caractère légitime de l'opposabilité du secret des affaires par le saisi et de l'étendue de la procédure engagée ;
- soit l'officier instrumentaire élaborera une annexe confidentielle à son procès-verbal de saisie-contrefaçon, qui fera l'objet d'une communication au magistrat saisi au fond du litige, qui décidera de son versement au débat ou non.

Si le secret des affaires est invoqué postérieurement à l'engagement de l'action par voie d'incident, il reviendra au juge de la mise en état d'apprécier les intérêts en présence et de statuer sur la nécessité ou non de la communication des informations.

La mise en place d'une telle procédure permettrait de rétablir l'équilibre entre la nécessité de rapporter la preuve de la contrefaçon et la préservation du secret des affaires, équilibre qui a été ébranlé par la loi du 27 octobre 2007.

Il reste à préserver le fait que le secret des affaires ne doit jamais devenir un concept mais doit être traité au cas par cas.

Le secret des affaires doit être préservé comme doivent l'être les actifs immatériels des entreprises. Le législateur doit rester cependant lucide sur le fait que le secret des affaires ne doit pas être une arme absolue tel un bouclier empêchant la loi d'être respectée.

La nuance est subtile et les délinquants économiques présentent une agilité à toute épreuve pour détourner les textes légaux au profit de moyens peu loyaux.

Leur capacité de nuisance à opposer un contre-feu par le secret des affaires doit nous obliger à rester très vigilants. Légiférer sur le secret des affaires afin de favoriser la croissance économique est un devoir, celui de ne pas favoriser les abus aussi.

4.4. Sur le dépôt des comptes (Corinne CHAMPAGNER KATZ)

Existe-il une forme juridique qui permette à une société de ne pas déposer ses comptes au greffe du tribunal de commerce ? non

En France :

Hors mis la publication et la communication des états financiers d'une société aux commissaires aux comptes, aux actionnaires ou associés, et au comité d'entreprise, les comptes doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social **quelque soit le régime juridique de la société**. Seule **la nature des documents à déposer** varie d'un régime juridique à l'autre (Une SA devra par exemple déposer le rapport du conseil de surveillance ce que ne pourra bien évidemment pas **réaliser** une société en nom collectif ou encore une EURL)

Le dépôt est obligatoire pour les sociétés suivantes :

- les sociétés par actions (SA, SAS et SCA) ;
- les sociétés commerciales dont le siège est situé à l'étranger et qui ont ouvert un ou plusieurs établissements en France ;
- les sociétés d'exercice libéral (SELARL, SELAFA, SELCA, SELAS) ;
- les sociétés à responsabilité limitée (SARL, EURL) ;
- les sociétés de personnes (SNC, SCS).

Article L232-21 du code de commerce

***I - Les sociétés en nom collectif** dont tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions sont tenues de déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée ordinaire des associés:*

1° Les comptes annuels, le rapport de gestion et, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, éventuellement complétés de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée qui leur ont été soumis ;

2° La proposition d'affectation du résultat soumis à l'assemblée et la résolution d'affectation votée ou la décision d'affectation prise.

II. - En cas de refus d'approbation ou d'acceptation, une copie de la délibération de l'assemblée est déposée dans le même délai.

III. - Les obligations définies ci-dessus s'imposent également aux sociétés en nom collectif dont tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés en nom collectif ou en commandite simple dont tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée ou par actions.

IV. - Pour l'application du présent article, sont assimilées aux sociétés à responsabilité limitée ou par actions les sociétés de droit étranger d'une forme juridique comparable.

Article L232-22 du code de commerce

I - Toute société à responsabilité limitée est tenue de déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée ordinaire des associés ou par l'associé unique :

1° Les comptes annuels, le rapport de gestion et, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, éventuellement complétés de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée ou l'associé unique aux comptes annuels qui leur ont été soumis ;

2° La proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée ou à l'associé unique et la résolution d'affectation votée ou la décision d'affectation prise.

II. - En cas de refus d'approbation ou d'acceptation, une copie de la délibération de l'assemblée ou de la décision de l'associé unique est déposée dans le même délai.

Article L232-23 du code de commerce

I - Toute société par actions est tenue de déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale des actionnaires :

1° Les comptes annuels, le rapport de gestion, le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes annuels, éventuellement complété de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée aux comptes annuels qui ont été soumis à cette dernière ainsi que, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes consolidés et le rapport du conseil de surveillance ;

2° La proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée et la résolution d'affectation votée.

II. - En cas de refus d'approbation des comptes annuels, une copie de la délibération de l'assemblée est déposée dans le même délai.

Seules les personnes physiques exerçant une activité commerciale et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 80.000 euros (lorsque leur commerce principal est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place, ou de fournir un logement, à l'exclusion de la location directe ou indirecte de locaux d'habitation meublés ou destinés à être loués meublés) ou 32.000 euros (autres activités) peuvent ne pas établir de comptes annuels. (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie).

En Europe :

Dans l'Union européenne la législation communautaire en matière de droit des sociétés impose le dépôt des comptes. **Cependant, l'on observe sur le terrain que cette obligation varie beaucoup en fonction des pays.** Il est possible de dégager cinq grandes tendances en matière de dépôts des comptes :

- les pays nordiques, l'Angleterre et le Pays de Galles, et l'Italie exigent le dépôt des comptes annuels et le non dépôt est toujours sanctionné.
- l'Algérie, l'Allemagne, la France, Malte, et la Roumanie imposent l'obligation de déposer les comptes pour la plupart des formes de sociétés inscrites au registre mais le non dépôt des comptes ne fait pas toujours l'objet de sanctions ;
- le Canada, la Finlande et la République Tchèque prévoient l'obligation de déposer les comptes en fonction de la taille des sociétés, du nombre de salariés, du chiffre d'affaires ou de l'activité des sociétés ;
- Gibraltar et le Maroc prévoient l'obligation de déposer les comptes en fonction de l'activité des sociétés ;
- l'Australie n'impose le dépôt des comptes qu'aux entreprises très importantes et la Suisse n'impose pas d'obligation de dépôt des comptes hormis auprès de l'administration fiscale pour le calcul de l'impôt de la personne morale ;
- à Monaco, aucun registre public n'est destinataire des comptes annuels. Ils sont remis au Ministère d'État.

Est-il possible d'agir en France contre une société qui ne dépose pas ses comptes ? Oui

Il est désormais établi **qu'à la demande de tout intéressé** ou du ministère public, le président du tribunal de commerce statuant en référé puisse enjoindre, sous astreinte, au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés. Ce texte introduit par **la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001** concerne, en particulier, le dépôt des comptes au greffe. (Voir l'article de la loi en question ci-dessous).

Les associés ou les salariés de la société, **les entreprises concurrentes** ou contractantes peuvent ainsi demander, sous astreinte, le dépôt des comptes lorsque celui-ci n'a pas été effectué par les dirigeants.

Notons cependant que bien avant l'adoption de ce texte, la jurisprudence avait déjà rendu des décisions ordonnant la régularisation, sous astreinte, du défaut de publication (CA Paris, 14e ch., 26 juin 1998, n° 97/85059 ; astreinte de 1 525 € par jour de retard pendant une période de trois mois).

Article 123 de la loi sur les nouvelles régulations économiques

I. - Le cinquième alinéa de l'article 1843-3 du code civil est complété par une phrase ainsi rédigée :

« En outre, lorsqu'il n'a pas été procédé dans un délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de

procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité. »

II. - La sous-section 1 de la section 1 du chapitre III du titre II du livre Ier du code de commerce est complétée par un article L. 123-5-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 123-5-1. - A la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires. « Le président peut, dans les mêmes conditions et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités. »

4.5. Note sur La Commission d'accès aux documents administratifs **(Pierre LODDE – Didier JULIENNE)**

Eléments statutaires

- La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, prévoit et garantit le droit des administrés à l'information, en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif.
- Elle crée la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), autorité administrative indépendante, chargée de rendre l'administration plus ouverte au public, plus transparente.
- La CADA n'étant pas une juridiction, il n'est pas nécessaire de justifier d'un intérêt à agir pour la saisir.
- Toutefois, les documents nominatifs ne sont pas communiqués à des tiers.
- L'administration peut dans certains cas refuser de communiquer le document administratif sollicité : tel est le celui des communications susceptibles de porter atteinte aux intérêts privés protégés par la loi (communication interdite à des tierces personnes à l'exception des intéressés) s'agissant de secret en matière industrielle et commerciale (procédés de fabrication, informations économiques et financières, stratégies commerciales).
- L'article 6 de la loi exprime les réserves au principe général d'accès aux documents administratifs;
- Il stipule que « ne sont pas communicables les documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte (...) de façon générale aux secrets protégés par la loi ».
- A noter cependant que les documents administratifs non communicables, deviennent consultables au terme des délais et dans des conditions fixées par les articles 6 et 7 de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

Eléments pratiques

- Le fait qu'il ne soit pas nécessaire de justifier d'un intérêt à agir pour saisir la CADA facilite la pratique selon laquelle le demandeur est rarement l'intéressé. Ceci peut permettre de masquer les véritables enjeux de la démarche.

- Il n'existe pas de nomenclature « secret des affaires » au même titre que le secret défense ou le secret médical prévus par la loi.
- La CADA a élaboré une approche « en creux » de la notion de secret des affaires, à travers la notion de protection du secret industriel et commercial prévue par la loi, désormais prise en compte sous la formulation plus générale « d'atteinte aux secrets protégés par la loi ».
- Les dossiers de marchés publics constituent le champ privilégié d'approche du sujet par la Commission et la mise en place de sa "jurisprudence", suite à un arrêt du CE 2004 dans lequel la Haute Assemblée a sanctionné un agent d'un établissement public qui avait communiqué la totalité des pièces d'un dossier à des entreprises candidates à un marché public;
- La CADA a retenu une définition large de cette notion de secret des affaires qu'elle définit « comme un élément susceptible de fausser la concurrence »: sont exclus d'accès à communication, les éléments financiers, économiques et commerciaux (y/c la liste des clients), ainsi que les techniques (ce qui se rapporte au "savoir faire")
- A noter que le contenu des propositions techniques des entreprises candidates, non retenues in fine, est occulté de l'information accessible, de même que les propositions de prix, pour éviter les "alignements tarifaires", notamment sur les marchés répétitifs de type "marchés de Conseil".
- Recommandations de la CADA : que les entreprises qui candidatent sur des marchés publics surlignent elles mêmes les informations qu'elles identifient comme "sensibles" dans leurs propositions, sans que cette pré-identification ne lie la CADA.
- A noter que le "mitage juridique" permet néanmoins d'ouvrir des accès à des informations confidentielles connues des demandeurs de mauvaise foi.

4.6. Note sur les fonds d'investissements et l'entreprise (Didier JULIENNE)

A l'heure où nous écrivons ces lignes, au cours de l'automne 2007, le débat sur les fonds d'investissement en France ne s'est pas encore nourri de réflexions approfondies sur l'opportunité de les accueillir dans les entreprises françaises ni sur le mode opératoire y afférent, à l'exception des fiches pratiques du HRIE sur la levée de fonds à l'attention des entreprises non cotées.

(http://www.intelligence-economique.gouv.fr/article.php3?id_article=349).

Pourtant, au cours de l'année 2007 les fonds souverains et les fonds activistes en particulier ont conquis des places de choix dans quelques grandes entreprises et banques internationales. Les premiers ont été bien accueillis eu égard à leur statut d'investisseurs de dernier recours, apportant généreusement et en grande quantité, des ressources rapidement investies. L'attentisme est plus marqué pour les fonds activistes, dont la réputation demeure à ce stade, encore peu lisible.

En 2007 les opinions des gouvernants ont évolué depuis la tentative de rachat de la société pétrolière américaine Unocal par son concurrent chinois CNOOC en 2005 et du veto alors opposé par le gouvernement américain.

A cette époque, l'attitude des Etats se partageait soit en faveur de la globalisation, soit du patriotisme économique adossé sur une Intelligence Economique offensive ou défensive, ainsi que l'illustrent les exemples suivants.

	Patriotisme économique	Globalisation
IE défensive	Dissuasion Centrica – Газпром: intervention de l'état anglais London Stock Exchange – Euronext – Deutsche Börse: intervention de l'état anglais Endesa – Eon: intervention de l'état espagnol et Polonais. Li Deshui Dir. Bur.Nat.Statistiques Chine Si une large part des profits et de la richesse tombe entre les mains des multinationales, nos intérêts nationaux pourraient être compromis et la sécurité économique de notre nation serait menacée. Wen Jiabao Attention particulière à la sauvegarde de la sécurité économique.	L'état reprends l'initiative Gemplus + Axalto = Gemalto L S E – Nyse ou Nasdaq: Alliance anglo-américaine ? Unicredit - HBV: intervention de l'état polonais Arcelor – Mittal : intervention de l'Europe contre l'Europe
IE offensive	Affrontement CNOOC - Unocal : intervention de l'état américain Dubai Ports World- P&O: intervention de l'état américain ЮКОС: intervention de l' état russe Siemens- Power Machine: intervention de l' état russe	L'état initie (politique industrielle) Газпром: stratégie de puissance de l' état russe Башнефть: stratégie de puissance de l' état russe Suez-GDF: stratégie de puissance de l' état français

Cependant derrière cet accueil pointent aussi de manière feutrée des craintes de pertes de contrôle, des désirs de souveraineté, des impératifs de conservation d'emploi sur les territoires nationaux qui s'exprimaient encore il y a deux ans de manière ouverte et brutale.

Nous exposerons ici une rapide description des fonds, quelques réflexions sur l'accueil favorable qui devrait être réservé aux liquidités qu'ils offrent et les préoccupations qui entourent le droit de ces nouveaux types d'actionnaires.

1) Classification des fonds

Les fonds d'investissement acquièrent sur les marchés financiers ou hors des marchés régulés tout ou partie du capital d'entreprises cibles dans le but de réaliser un profit (plus value) au moment de leur revente.

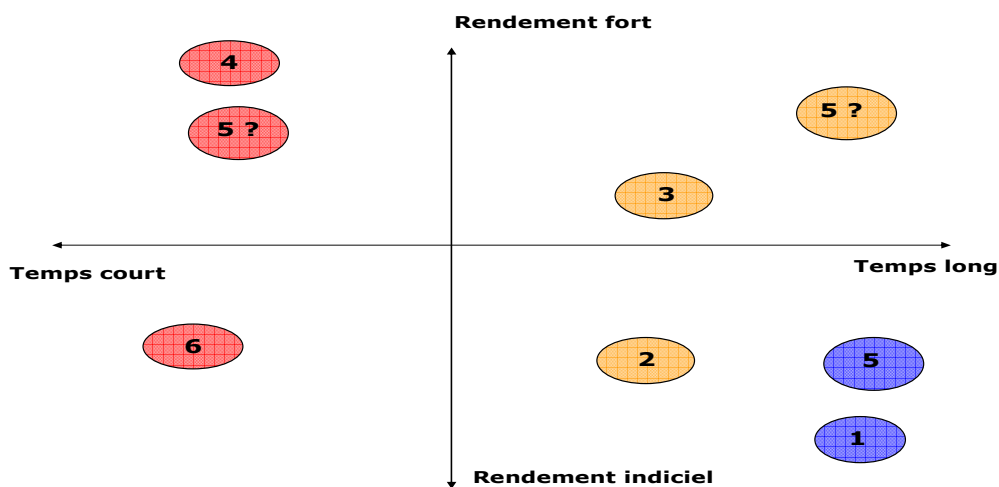
Suivant la classification du fond ce bénéfice prend soit la forme classique de liquidités soit celle d'actifs. Dans ce dernier cas, il pourra engendrer des situations délicates si l'on constate par exemple, après la vente, que des actifs tels que des brevets ou des secrets de fabrication ont été soustraits de la vente, ou que la société a été revendue avec un périmètre financier amoindri, ou encore que des actifs ont été éparpillés après des délocalisations géographiques, voire que la société est proche du dépôt de bilan.

Actuellement le droit et le secret des affaires ne peuvent pas constituer des outils opposables aux manœuvres destructrices d'un fond d'investissement à posteriori, c'est-à-dire une fois que celui-ci est devenu propriétaire de l'entreprise.

Cependant, l'on observe en pratique que les fonds ne sont pas uniformes, et une classification peut-être réalisée en considération de leurs objectifs et de leurs stratégies. (cf schéma 1). Cette classification s'appuie notamment sur le facteur temps et sur le concept de retour sur investissement plus ou moins rapide, voire pour le fond 6 en fonction d'autres critères financiers attachés au recyclage de ses actifs :

- 1) fonds d'investissement institutionnels (fond de pension, OPCVM...)
- 2) fonds d'investissement privés (OPCVM)
- 3) fonds d'investissements privés s'impliquant dans la gestion (private equity)
- 4) fonds activistes
- 5) fonds souverains (fonds d'états) avec une place difficile encore à cerner.
- 6) fonds prédateurs (fonds missionnés pour piller ou détruire tout ou partie d'une entreprise)

La classification demeure encore floue pour fonds souverains et peu transparente pour les fonds prédateurs. Les autres fonds énoncent en général une stratégie soit pour se conformer à des raisons réglementaires soit encore, pour maintenir une image de sérieux et de qualité afin de s'assurer un accueil bienveillant de la communauté financière.



Il est possible d'imaginer un SWOT qui indiquera le degré de mutation subi par l'entreprise en fonction de la part de capital détenue par le fond.

	Participation minime	Participation majeure
Mutation forte		  
Mutation faible	 	

Nous ne traiterons pas ici des fonds (1) et (2) car au regard du secret des affaires leur gestion passive ne doit pas poser de difficulté.

2) Les fonds d'investissement privés

Les fonds d'investissements privés (*private equity*) sont plus problématiques au regard des conséquences d'une rupture de secret d'affaires notamment en terme d'emploi.

Une implication dans la gestion de l'entreprise implique l'acquisition d'au moins la majorité du capital de la société cible et le plus souvent de sa totalité.

Le conseil d'administration et/ou les dirigeants, sont remplacés.

Si le but consiste à réaliser un profit au moment de la revente celle-ci ne pourra être réalisée dans le meilleur des cas qu'après une expansion économique réussie et un solde créateur net d'emploi. Mais les mesures radicales – délocalisations, fermetures – qui cherchent à minimiser les coûts d'exploitation, s'identifient le plus souvent à des stratégies de rupture.

Au niveau de l'Union Européenne, il est difficile de contrer des stratégies par ailleurs destructrices d'emploi en France. Cependant il n'est pas impossible qu'à chaque fois que nécessaire, les services de l'état mettent en garde les gestionnaires de ces fonds à propos des risques attachés à des stratégies coûteuses pour la communauté.

La liberté d'action qui a prévalu à la suite des rachats ou fusions d'entreprises tels que Moulinex, Pechiney ou Gemplus serait elle possible aujourd'hui ?

3) Les fonds activistes

Estimés à une centaine dans le monde, ils gèrent entre 50 et 100 Mds \$ de liquidités. Leur objectif vise à améliorer la valorisation d'entreprises. En leur qualité d'actionnaires, ils imposent une nouvelle vision à long terme, exigent, si de la trésorerie est disponible, le rachat d'actions ou l'augmentation de dividendes, après avoir fixé de nouvelles orientations stratégiques ...

Leur nombre est important aux USA : Atticus, Highfields Capital, ESL Investments, SAC Capital, Steel Partners, Pershing Square Capital, Toscafund, Polygon, Centaurus, Barington Capital, Pardus Capital... mais aussi en Europe The Children Trust (TCI), Algebris, Parvus Asset Management, Knight Vinke, Fauchier Partners...

Les caractéristiques de ces fonds :

- identifier dans la stratégie d'une entreprise une faiblesse ouvrant la possibilité d'une influence polémique et médiatique, puis d'acquérir le titre et d'y exploiter au maximum son droit d'actionnaire ;
- ne détenir tout du moins au début, qu'une part infime du capital ;
- opérer rapidement (en moins d'une année si possible) ;
- s'attaquer directement aux conseils d'administration et aux dirigeants de très grosses sociétés qu'ils considèrent affaiblies.

Une illustration : le cas de la Deutsche Börse dont le plan de rachat du London Stock Exchange (LSE) était contrecarré en février 2005. Un mois après avoir révélé son intention d'acheter le LSE la Deutsche Börse reçoit une lettre ouverte du fond londonien The Children's Investment Fund (TCI), lui indiquant détenir 5% de son capital, s'opposant à cette opération et demandant le remplacement de son conseil d'administration. 4 mois plus tard le plan LSE est abandonné, le directeur et le président de Deutsche Börse ont été remplacés et 1.5Mds\$ sont retournés aux actionnaires.

TCI a été aidé par d'autres actionnaires dissidents: Atticus (US), Harris Associates (US), State Street (US), Generali (Italie)...

De même en février 2007 mécontent de la gestion de la banque hollandaise ABN-AMRO, TCI, qui en détenait 3%, l'aura forcé en 6 mois environ à se mettre en vente. La banque Barclays intéressée par une opération d'alliance a proposé une offre de fusion amicale qu'ABN avait acceptée. Cependant le fond activiste Atticus qui détenait 1% du capital de Barclays s'opposa à cette offre. *In fine* ABN a été acquise par un trio Royal Bank of Scotland, Santander et Fortis qui l'ont partagée (dépecée ?) en trois.

Le même TCI demandait le 16 octobre 2007 par une lettre ouverte à la société ferroviaire américaine CSX corporation, dont il détenait 4.1%, une séparation des pouvoirs entre les fonctions de président et de directeur général, un renouvellement du conseil d'administration, une rénovation des statuts afin que les actionnaires puissent convoquer des assemblées et l'arrêt d'un plan d'investissement de 5Mds \$.

Il était récemment révélé que TCI est investisseur passif dans un autre fond activiste nommé Algebris et qu'ils partagent la même adresse à Londres qu'un troisième affilié, Parvus Asset Management, lui-même victorieux dans une action face à Volvo en 2006.

Algebris publiait le 25 octobre 2007 une lettre ouverte reprochant à la société d'assurance italienne Generali dont il détenait 0.3% une mauvaise gouvernance et une rémunération

élevée de l'administrateur Antoine Bernheim. Dans les prochains mois il tentera de rassembler autour de lui des actionnaires représentant 2.5% du capital de façon à être à même proposer une résolution à la prochaine assemblée annuelle d'actionnaires voire de réunir autour de lui 10% du capital dans le but de convoquer une assemblée générale extraordinaire.

Il n'y a pas d'alliance qui tienne dans ce métier, car le même Generali était un actionnaire allié de TCI (lié à Algébris) contre la Deutsche Börse en 2005. Enfin TCI a été l'un des alliés de Mittal dans sa conquête d'Arcelor mais il s'est opposé à l'offre d'achat d'ArcelorMittal sur Arcelor Brésil estimant que le prix payé aux actionnaires minoritaires d'Arcelor Brésil, dont il faisait partie, était insuffisant. Finalement ce prix a été augmenté de 63% avant conclusion.

Si la stratégie « activiste » est lucrative, TCI qui gère environ 10 Mds \$ avait un retour sur investissement de 50% en 2005 et 40% 2006. Un fond activiste unique, n'aura pas pour objectif de réunir seul la totalité du capital de la société cible (ou bien il change de catégorie) et il lui est nécessaire de rechercher des alliés à sa cause.

Ces fonds demeurent donc un menace asymétrique potentielle, si d'autres fonds de la même qualité ou d'une autre famille, fonds de pensions par exemple, ne le rejoignent pas et ils s'exposent alors à ne pas mener que des raids victorieux.

- Au cours du mois mars 2007 TCI demande par lettre ouverte à la société d'électricité japonaise J-Power de tripler ses dividendes alors que sa participation au capital passait de 6 à 9.9%. Mais cette demande reçoit un vote négatif (70% contre) à une assemblée générale d'actionnaires à Tokyo en juin 2007.
- La dernière attaque de Knight Vinke AM contre la banque HSBC, septembre 2007, apparaît déjà comme un échec. Par le passé il n'a pas non plus rencontré un grand succès dans ses oppositions contre Shell puis Suez.
- La société téléphonique Vodafone elle a résisté puis battu le fond Efficient Capital Structures qui lui imposait de se séparer d'une participation dans la société Verizon Wireless

L'entreprise se défend

Il n'en reste pas moins que la déstabilisation organisée par le fond activiste est une arme qui demande à l'entreprise de se défendre.

- Dans un premier temps la question se pose de savoir s'il est légitime qu'un fond activiste révèle et diffuse des informations secrètes ou confidentielles sur la société cible.
- Ensuite, pour se défendre, la société sera amenée à révéler des éléments jusque là confidentiels ou secrets sur sa stratégie, ses dirigeants, ses statuts ... Elle pourra se rallier à un chevalier blanc qui pourrait, lui-même, avoir commandité cette déstabilisation auprès de l'activiste.

Ces fonds ont des faiblesses.

- le facteur temps qu'ils peuvent allouer à chaque affaire. Ils ne se battront raisonnablement pas plus de 12 mois et s'ils ne sont pas imprudemment engagés en raison d'un surinvestissement par exemple la cause peut être considéré comme abandonnée.

- La rédaction des statuts concernant la vie de la société : révocations des dirigeants, possibilités de proposition de résolution, accès aux assemblées générales... Si les statuts sont relus en fonction de cette menace activiste celle-ci peut être mieux jugulée : les sociétés qui souhaitent se protéger doivent pouvoir augmenter le seuil minimum du nombre d'actionnaires nécessaire à une demande de convocation d'assemblée générale ou de proposition de résolution, avoir des règles de bon sens pour nommer les administrateurs de son conseil d'administration...
- La législation entourant les actions de concert et les actions de déstabilisation.
- Elle doit pouvoir ouvrir des issues.
- Pourquoi exclure, par exemple, de demander à l'actionnaire ou au groupe d'actionnaires qui proposent des alternatives aux orientations de l'entreprise et à la condition qu'ils rentrent dans des manœuvres de déstabilisation, de préciser quand ils monteront de nouveau au capital (voire lancer un OPA) pour mettre en pratique leurs recommandations stratégiques. Ce principe trouvera peut-être une application dans l'esprit du jugement rendu par l'AMF en France s'il est confirmé par la cour d'appel de Paris au printemps 2008 dans l'affaire opposant la direction d'Eiffage à la société espagnole Sacyr.

Cette dernière réflexion sur les fonds activistes apparaît d'autant plus pertinente qu'il est possible d'amasser des actions sur les marchés sans être visible, par au moins deux méthodes.

- En transformant instantanément des produits dérivés sans droit de vote en actions. De cette façon l'investisseur avance masqué et est moins pénalisé par l'obligation de déclarer des franchissements de seuil successifs.
- En empruntant des actions sur le marché.

Par ailleurs un fond d'investissement alternatif classique peut instantanément créer un fond activiste ou bien, investir dans l'un d'entre eux déjà existant -filialisé ou non- et en renforcer la force de frappe (cf. TCI et Algebris).

Il est aussi probable que ce faux-nez agira en fonction des intérêts de son fond père lui-même ayant déjà acheté ou bien vendu à découvert les titres de la société cible.

Toutes les combinaisons sont possibles. Le dénuement de la législation face à cette menace asymétrique, l'opacité de la provenance des fonds et des outils utilisés pour devenir propriétaire d'actions font que le droit des actionnaires peut être largement dévoyé lorsque l'identité des actionnaires évolue trop rapidement ou bien si le droit de propriété attaché à une action se désolidarise du pouvoir de contrôle.

Réponse des Etats

En France l'article L.233.7 VII du Code du Commerce oblige l'actionnaire à dévoiler ses intentions lors de franchissement de seuils notamment s'il souhaite le contrôle et/ou un siège au conseil d'administration voir la direction opérationnelle du groupe.

Les USA engagent les actionnaires minoritaires à clairement et précisément informer la SEC s'ils souhaitent rester passifs ou bien s'ils ambitionnent de s'associer au contrôle de la société. Cependant cette déclaration d'intention est nécessairement limitée dans le temps.

L'administration allemande très éprouvée par l'épisode de la Deutsche Börse envisage une piste de réflexion qui serait d'obliger les actionnaires minoritaires activistes à lancer une OPA sur la société cible dès lors qu'il conteste la stratégie de l'équipe dirigeante.

Fin novembre 2007 deux fonds activistes annonçaient une opération sur la société Française Atos Origine et ils publiaient une déclaration le 29 novembre.

« Par courrier du 29 novembre, Centaurus Capital LP (Londres), agissant pour le compte des fonds Centaurus Alpha Master Fund Ltd et Green Way Managed Account Series, Ltd (Portfolio E) dont elle assure la gestion, et Pardus Special Opportunities Master Fund LP (New York), contrôlée par M. Karim Samii, ont déclaré avoir franchi de concert en hausse, le 28 novembre, les seuils de 20% du capital et des droits de vote d'Atos Origin, et détenir de concert 13.810.506 actions Atos Origin représentant autant de droits de vote, soit 20,01% du capital et des droits de vote.

Ce franchissement résulte de l'acquisition d'actions Atos Origin sur le marché par les membres du concert.

Par courrier du 29 novembre, complété par un courrier du 30 novembre, la déclaration d'intention suivante a été effectuée :

"(...) Pardus Special Opportunities Master Fund L.P. ('Pardus'), Centaurus Alpha Master Fund Limited ('Centaurus Alpha') et Green Way Managed Account Series, Ltd (Portfolio E) ('Green Way' et ensemble avec Centaurus Alpha les 'fonds Centaurus'), agissant de concert à l'égard de la Société Atos Origin, Pardus Capital Management L.P. et Centaurus Capital L.P. agissant en leur qualité d'investment manager respectivement de Pardus et des fonds Centaurus, déclarent au nom et pour le compte de respectivement Pardus et des fonds Centaurus :

- que les fonds centaurus et pardus ont ensemble franchi le seuil de 20% du capital et des droits de vote de la société atos origin ;
- que pardus et les fonds centaurus agissent de concert à l'égard de la société atos origin, et n'excluent pas d'agir de concert avec d'autres actionnaires dans l'avenir ;
- que le concert formé par les fonds centaurus et pardus n'a pas l'intention, à son initiative, de prendre le contrôle de la société atos origin ;
- qu'en fonction des opportunités de marché, pardus et les fonds centaurus envisagent de poursuivre leurs achats, dans le respect du tiret précédent, sans exclure la possibilité de procéder à des cessions ;
- que le concert formé par les fonds centaurus et pardus a demandé la nomination de deux personnes comme membre du conseil de surveillance de la société atos origin à l'occasion d'une réunion avec la société en date du 20 novembre 2007, confirmée par courrier adressé en date du 22 novembre 2007 ;
- que le concert formé par pardus et les fonds centaurus soutient activement toute démarche visant à cristalliser toute la valeur de l'entreprise".

4) Les fonds souverains

Il sera utile de consulter la réflexion du ministère de l'économie en cours sur ce sujet.

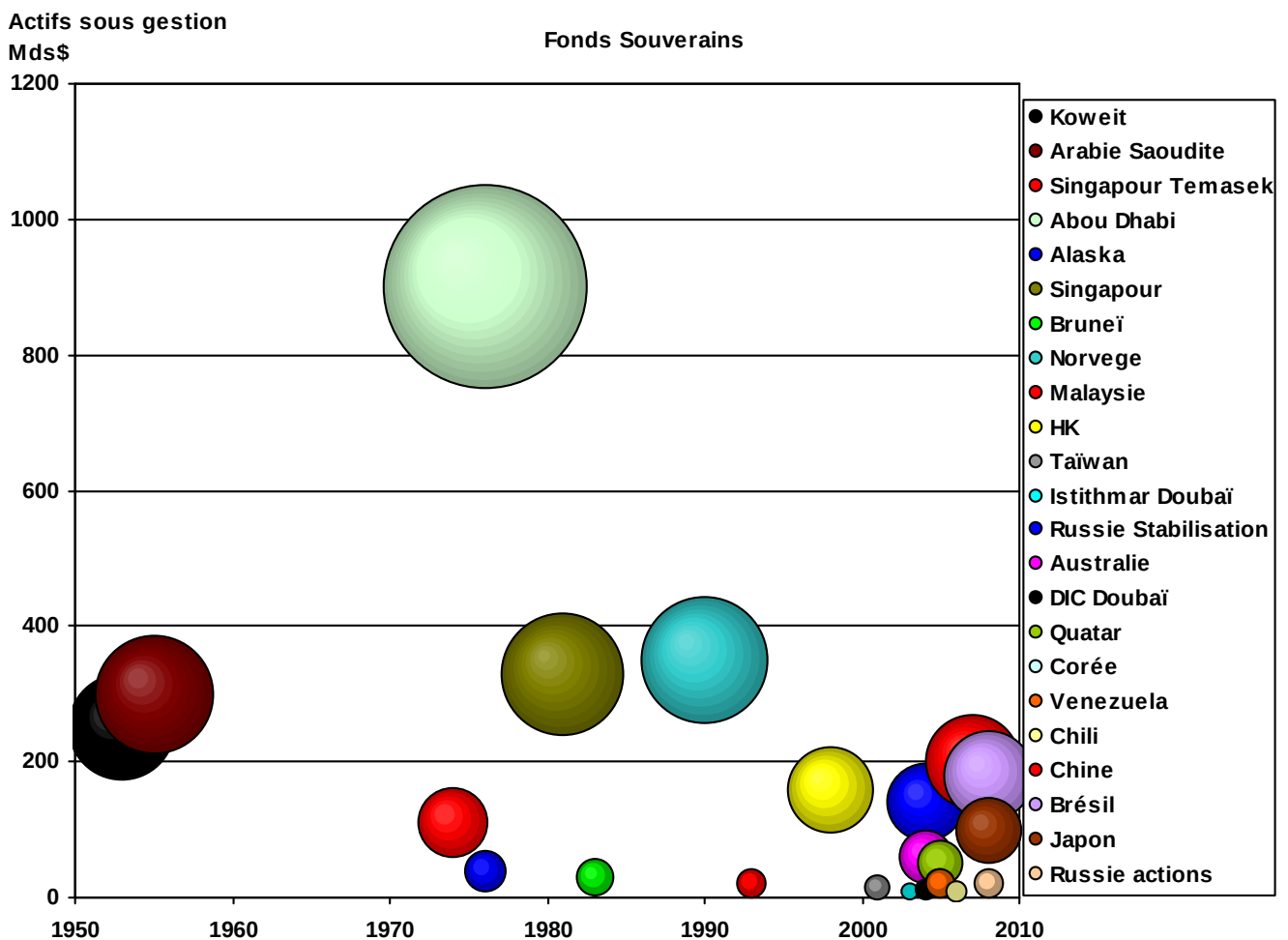
Les fonds souverains émanent des pays à l'économie dominée par l'exportation de matières premières ou fortement exportatrice de biens et services et détentrice de devises. Plus de 40

pays disposent de fonds souverains aujourd'hui. Une récente étude du FMI indique que ces fonds :

- représentaient environ 500 milliards de dollars en 1993, 4 à 6 fois plus aujourd'hui, 20 fois plus en 2012 ;
- que leurs tailles sont aujourd'hui pratiquement équivalentes aux montants sous gestion de fonds d'investissement privés. Ils auraient investis environ 70 Mds \$ dans les banques et autres institutions financières depuis 2003 dont 36 Mds \$ en Europe et 33 Mds dans les 6 derniers mois de 2007.

En 1950 le Koweït et vraisemblablement l'Arabie Saoudite, créent des fonds d'investissements liés aux revenus tirés du pétrole, au cours des années 70 Singapour et les Emirats Arabes Unis (Abou Dhabi) les imitent. Puis au début des années 90 c'est la Norvège après la découverte du pétrole de la Mer du Nord et Hong Kong. Enfin c'est la Russie en 2003, puis cette année la Chine, le Brésil et de nouveau la Russie en 2008 pour un fond dédié aux actions.

Les autres propriétaires de fonds souverains et sans tous les indiquer sont : l'état de l'Alaska (USA), Azerbaïdjan, Bahreïn, Doubaï, Chili, Equateur, Guinée Equatoriale, Gabon, Iran, Kazakhstan, Lybie, Malaisie, Mauritanie, Mexico, Oman, Soudan, Taïwan, Tchad, Trinidad et Tobago, Ouganda, Venezuela...



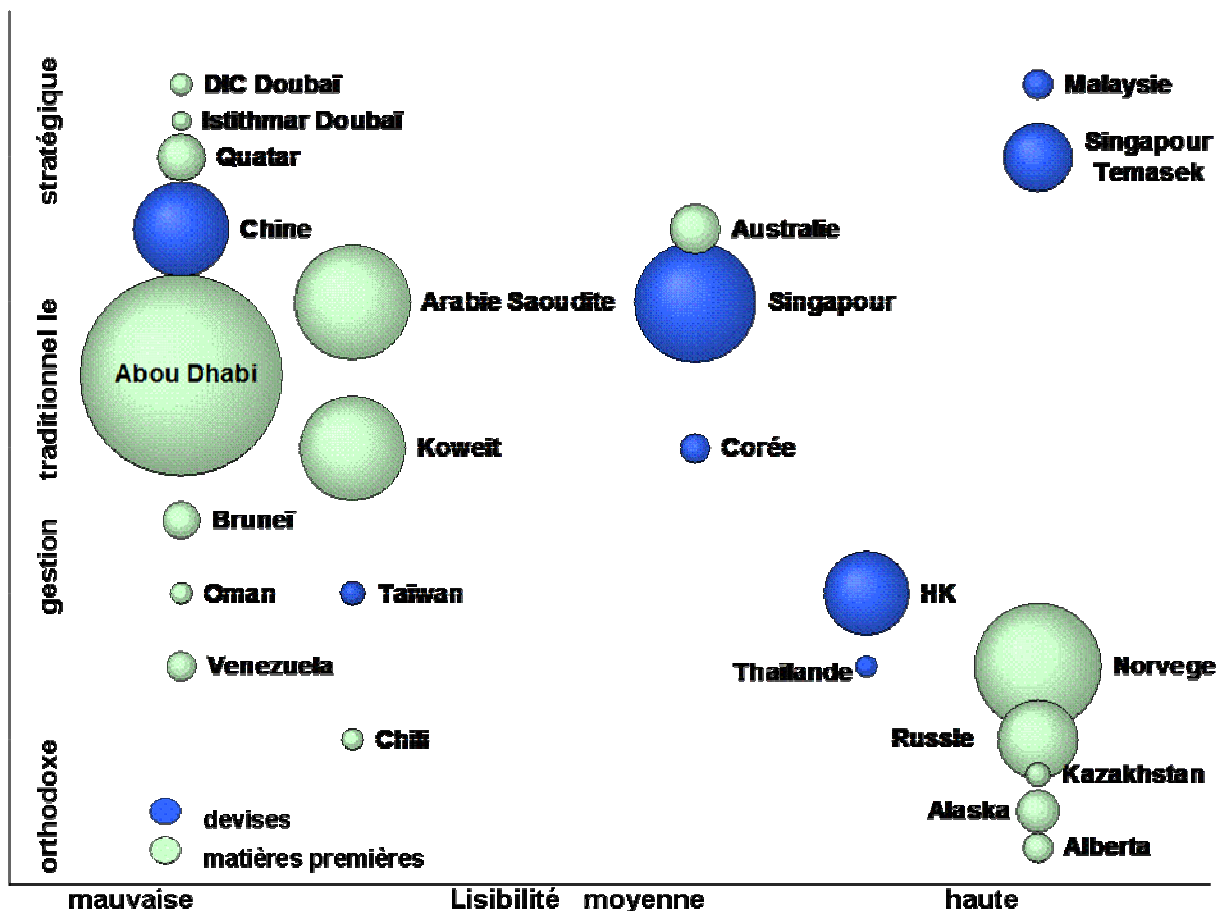
Toutes ces entités financières n'ont pas le nom de fonds souverains. Parfois ce sont des sociétés industrielles diversifiées, disposant de liquidités très importantes et qui conservent des liens privilégiés avec leurs gouvernements. Les pays industrialisés voient parfois avec défiance et perplexité la présence de ces nouveaux participants à la tête d'importantes liquidités lorsqu'ils n'affichent pas toujours d'objectifs déterminés.

La question se pose de leur impact réel sur les marchés financiers, sur l'acquisition d'actifs stratégiques de secrets d'affaires et de savoir-faire et sur les incidences en termes de sécurité nationale.

Certains de ces fonds offrent une bonne lisibilité de leurs investissements.

- Le fond de stabilisation russe de 2003 est placé en titres à revenu fixe (45% Europe, 45% USA, 10% R.U.).
- L'état de l'Alaska est investi à 53% en actions, 29% revenus à taux fixe, 10% immobilier et 8% en alternatifs.
- La Norvège a investi environ 40% de sa fortune en actions et 60% en revenus à taux fixe.
- Le fond du gouvernement Singapour est probablement investi à 50% actions, 30% dette, et 20% autres (*private equity*, matières premières, immobilier).

A titre de comparaison Calpers (fond de pension de l'état de Californie) a pour objectif d'être investi à 60% actions, 26% dettes, 6% alternatifs, et 8% immobilier



Cette stratégie est moins lisible lorsque l'on observe au moins quatre autres pays : Abou Dhabi, l'Arabie Saoudite, Dubaï et la Chine. Les deux premiers étaient des investisseurs traditionnels depuis plusieurs décennies sans clairement indiquer la direction de leurs investissements mais sans non plus provoquer de désordre ou de crainte. Le manque de lisibilité n'était pas alors nécessairement synonyme de menace.

Les gouvernements du G7 ont subitement exprimé leurs craintes au cours de l'année 2007.

- Début 2007 le gouvernement d'Abou Dhabi via sa société industrialo-financière, le Mubadala, achetait un peu moins de 10% le *private equity* Apollo Management (12Mds\$ d'actifs).
- En mai 2007 la Chine achetait pour 3 Mds \$ 9.9% du capital -sans droit de vote- du fond d'investissement Blackstone (20Mds\$ d'actifs) via ce qui est devenu en septembre 2007 le fond souverain chinois : China Investment Corporation (CIC)
- En septembre 2007 Carlyle ouvrait 7.5% -1.35M\$- de son capital au même Mubadala.
- Le 29 octobre la famille dirigeante de l'émirat de Dubaï via son fond Dubaï International Capital achetait 9.9% du fond américain Och-Ziff pour 1.25 Mds\$ justifiant cet achat par une acquisition d'actifs mais surtout d'expertises financières.
- Enfin mi novembre 2007 le fond Colony Capital, propriétaire de 65% de Tamoil au côté de la Lybie, 9% de Carrefour, 10% de Accord et du Paris-Saint-Germain entre autres, basé à Los Angeles réfléchissait publiquement à la cession d'une partie de son capital à un investisseur du Moyen-Orient.

Une réflexion s'est engagée sur deux aspects : d'où vient l'argent et où va-t-il s'investir ?

D'où vient l'argent ?

Ce n'est pas l'ancienneté qui compte mais la stabilité. Les fonds souverains d'anciens pays - Norvège, Moyen-Orient, Singapour - sont déjà investis sans provoquer de perturbation notamment dans les marchés obligataires. Souvent ils supportent l'industrie nationale comme peut le faire la Caisse des Dépôts et Consignations en France. Ils ont largement participé et de manière paisible à la croissance mondiale.

La Chine, les états du golfe sont en pointe car ils étaient plutôt investis en obligations du trésor américain et en dettes européennes. Brusquement la perte de compétitivité du dollar provoque une réallocation d'une partie de leurs liquidités placées en dettes occidentales vers des placements en actions. Il est sans doute à craindre un renchérissement du marché de la dette des pays occidentaux, une hausse des taux d'intérêts, et la continuation de la dévaluation du dollar.

Où va-t-il s'investir ?

Ce premier déséquilibre est suivi d'une nouvelle interrogation : les nouveaux investissements s'accompagnent-ils de stratégies de rentabilité ou bien de recherche de puissance ?

Si l'historique des anciens fonds démontrent qu'ils recherchent la première stratégie la question peut se poser pour les nouveaux arrivants.

Un premier danger est naturellement une recherche excessive de rentabilité sur les marchés des actions plus lucratifs que celui de la dette et la possibilité d'apparition de bulles spéculatives. Il est estimé par exemple que le CIC sera au minimum investi à 50% en actions, 20% en dettes et 30% en autres actifs tels que immobilier, matières premières, *private equity*, fonds alternatifs. Le CIC est divisé en trois avec

- un fond domestique d'environ 76 Mds\$ investi notamment dans des banques chinoises (Banque de Chine, Banque Chinoise de Construction, Banque Chinoise Industrielle et Commerciale et Banque de la Communication, Banque Chinoise de Développement),
- un fond stratégique pour des investissements outre mer dans l'énergie et les matières premières
- et un troisième portefeuille d'investissement de 70Mds \$ en actions et dettes étrangères. Ce dernier tiers est à l'origine du placement chez Blackstone, placement de 3Mds \$ qui accuse une perte d'environ 750M\$ au cours de l'automne 2007. Compte tenu de ce pauvre résultat il sera intéressant de suivre les futurs mouvements du CIC et il n'est peut être pas anodin que son second investissement concerne les Chemins de Fer Chinois.

Un second danger consiste en une stratégie de puissance en choisissant les rendements élevés de secteurs d'activité particuliers.

- Il est raisonnable d'imaginer que les fonds souverains dont l'origine est liée aux matières premières seront tentés d'investir dans le secteur financier, les services, les télécommunications et l'industrie.
- Ceux dont l'origine est liée à l'exportation de biens et services investiront dans les matières premières (la Chine apparaîtra sans doute dans la fusion entre BHP Billiton et Rio Tinto) et la conquête de savoir faire financiers ou industriels voire dans l'acquisition de droits de propriété intellectuelle.

Les placements du début 2007 dans les *private equities* l'illustrent tout comme l'investissement de 3Mds \$ de la société d'état chinoise, la Société Métallurgique de Chine, qui vient de remporter l'enchère concernant l'exploitation d'une mine de cuivre géante en Afghanistan.

Dans les deux cas il faut s'attendre à des acquisitions dans des sociétés traditionnelles mais aussi du non coté et des secteurs stratégiques.

Troisièmement, les fonds souverains orthodoxes ont comme ligne hiérarchique en général la banque centrale du pays. Le conseil d'administration du CIC est lui formé de hauts fonctionnaires et son président rapporte directement au premier ministre chinois. Temasek est dirigé par l'épouse du premier ministre de Singapour. Les fonds du Moyen-Orient rapportent aussi directement aux dirigeants des pays.

A ces risques s'ajoute une difficulté liée aux volumes à investir. Placer instantanément une somme équivalente aux 200 Mds \$ du CIC n'est pas chose évidente. Même si environ seulement 70 Mds sont à la recherche d'investissements à l'étranger ce tiers du CIC sera amené à augmenter. Le CIC aura vraisemblablement au total 600Mds \$ en gestion en 2010 et d'autres véhicules porteront le total des investissements chinois sur les marchés de capitaux à environ 800Mds\$ dans les 3-5 ans. La même réflexion s'applique aux 60 billions\$ qui devraient être gérés par l'ensemble des fonds souverains d'ici à 5 ans.

C'est pourquoi l'achat d'un ticket tel que celui acheté par CIC dans le fond Blackstone répond merveilleusement bien à la nécessité de rapidement détenir d'importants volumes de titre de propriété sans les surpayer. De même Abou Dhabi justifie sa participation dans Carlyle ainsi que Dubaï dans Och-Ziff par une présence internationale et un portefeuille varié.

Cet achat satisfait aussi bien les propriétaires de fonds dont l'objectif supérieur reste de vendre leurs actifs pour financer de nouvelles acquisitions alors que la crise des subprime a de sérieux effets sur le marché de la dette.

Tout ceci appelle une série de questions.

- Une première inquiétude s'alimente de la récurrence de troubles financiers catastrophiques lorsque l'origine remonte aux stratégies des fonds d'investissement privés et le parallèle qui peut être fait dans des scénarii financiers calamiteux dont l'origine serait liée aux fonds souverains.
- Même s'ils prétendent, à l'opposé de certains fonds privés, avoir des objectifs de long terme, sauront-ils éviter la tentation de manipuler ou d'influencer les mouvements de marchés sachant que leurs statuts particuliers freineraient toute poursuite ?
- Quelles raisons aura un fond souverain, de changer de stratégie et par voie de conséquence, l'impact des déstabilisations qui en seraient attendues. Ces raisons seront-elles les mêmes que celle d'un fonds privé, fondées prioritairement sur la rentabilité, ou bien d'autres logiques de puissance, de déstabilisation, d'intérêt national y présideront-elles ?
- Quid des déséquilibres de situation provoqués par ces fonds ? Ils émanent d'une autorité publique (gouvernement), ils ne sont pas opéables mais ils sont susceptibles d'acquérir des positions dominantes ou de référence dans des entreprises privées étrangères. Il n'existe aucun outil de marché capable de contrer leurs volontés, et nombreux sont leurs pays d'origine qui n'offrent aucune réciprocité en termes d'ouverture et de transparence financière.
- Quelles sont les conséquences directes et/ou collatérales de l'opacité des flux financiers et de la rapidité avec laquelle une entreprise considérée comme stratégique peut passer de mains tolérées en des mains de « persona non grata », c'est-à-dire indésirables.

Réponse des Etats

En réaction à ce dernier risque les gouvernements agissent.

- Le Canada insistait en septembre 2007 sur la nécessité de mieux contrôler la nature et l'étendue des liens entre l'investisseur et un gouvernement étranger, la gouvernance, le mode opératoire et la transparence de cette société. En outre, le gouvernement canadien exigeait la présence d'administrateurs indépendants de nationalité canadienne, des ressortissants canadiens aux responsabilités et une cotation en bourse au Canada.
- Les USA augmentaient en juillet 2007 le seuil de défense des entreprises américaines.
- En Allemagne certains évoquent le retour aux participations croisées capitalistiques du type « noyau dur », en vigueur avant l'arrivée du chancelier Schroder. Une réflexion en cours, respectant la législation européenne viserait à obliger les investisseurs étrangers recherchant de larges participations dans des

entreprises allemandes (25% ou plus) à faire état préventivement de leurs intentions, sous peine de veto.

Le gouvernement allemand envisage aussi de bloquer toute transaction qui serait susceptible de porter atteinte à l'ordre public, à la sûreté, ou à un intérêt national.

Enfin, en France, une réflexion a été engagée pour permettre à un fond d'investissement, - la Caisse des Dépôts et Consignation par exemple-, pour intervenir dans le sens de la défense de l'intérêt national.

Certaines réflexions allemandes non encore finalisées ne sont pas éloignées du décret français n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 réglementant les relations financières avec l'étranger.

Evolution des fonds

Les dirigeants des fonds souverains sont attentifs à ces appels et des indications récentes montrent qu'ils évoluent vers un profil d'investisseur de type passif pour contrer les nationalismes locaux. Ainsi, rapidement après que ses investissements dans des sociétés télécoms eurent entraîné des condamnations des gouvernements thaïlandais et indonésien, Temasek, le fond de Singapour, déclarait récemment qu'il construirait désormais sa conception d'investissement autour de trois piliers :

- Anticiper les réactions nationalistes en évitant l'achat des sociétés « icônes » nationales.
- S'associer à des partenaires locaux pour investir.
- privilégier des participations minoritaires.

Il semble que ce dispositif soit en place en ce qui concerne le fond souverain chinois car les moyens mis en œuvre par la Chine et concentrés par le CIC pourraient apparaître opérer à plusieurs étages.

Dans un premier temps le CIC a participé pour un tiers à la recapitalisation de son marché domestique dont le secteur bancaire. Dans un second temps des banques chinoises apparaissent en premières pages de journaux à l'occasion d'achats de banques étrangères. Ces associations sont justifiées par l'acquisition de compétences humaines nécessaires pour bien participer à la mondialisation notamment en Afrique.

- En juillet 2007 la Banque Chinoise de Développement achetait 3.1 % du capital de Barclays pour 3.14Mds \$.
- En septembre 2007 le Fond de Sécurité Sociale Chinois indiquait qu'il allait investir à l'étranger et il rentrait en discussion avec les trois fonds américains KKR, Carlyle et TPG.
- Puis la Min Sheng Bank achetait pour 200M\$ 9.9% de la banque californienne UCB spécialisée dans la communauté chinoise américaine et les sociétés faisant commerce avec la Chine.
- Le 17 octobre 2007 il était révélé qu'une participation croisée de 2Mds\$ permettait à la banque chinoise Citic Securities d'acheter 6% de la banque américaine Bear Sterns qui elle acquérait 2% de Citic.

- Le 25 octobre 2007 il était révélé que la Banque Chinoise Industrielle et Commerciale (BCIC) achetait 20% de Standard Bank (Afrique du Sud) pour 5.56Mds \$ dans le but de développer des investissements en Afrique.
- Début novembre 2007 il était révélé que la Banque Chinoise de Développement créait un partenariat avec United Bank of Africa (UBA) du Nigéria dans le but d'investir dans les secteurs recommandés par UBA notamment télécommunication, chemin de fer, énergies, agriculture.
- Mi novembre 2007 il était révélé que BCIC, la Banque de Chine, et la Banque Chinoise de la Construction auraient approché Temasek (l'agence d'investissement de l'état de Singapour) dans le but de lui racheter les 17% qu'il détient dans la banque britannique spécialisée dans les pays émergents –Afrique, Moyen-Orient, Asie-Standard Chartered. Celui aurait refusé car on lui prête l'ambition de construire une grande banque asiatique en fusionnant de nombreuses participations qu'il détient dans une dizaine de banques de la zone.

Du fait de ces associations, les banques chinoises disposent de partenaires locaux, et en parallèle du code de conduite énoncé par Temasek, il est probable que ces compétences régionales fassent émerger des financements de projets qui répondront aux besoins chinois.

Ainsi après le rachat de 9.9% du fond Blackstone par l'Etat chinois en mai 2007, les grandes manœuvres débutent le 1^{er} novembre 2007 lorsque Blackstone, associé à la firme chimique China National Chemical Corporation lancent une OPA de 2.76Mds\$ sur le leader australien des engrais agricoles NuFarm. C'est la première opération conjointe de la sorte entre une société chinoise et un fond privé américain.

Elle se présente comme une sorte de répétition générale d'opérations à venir dans le monde tant il est manifeste que les gouvernements occidentaux seront prompts à scruter avec minutie les mouvements d'un fond souverain, mais beaucoup moins aptes à refuser à un fond connu tel que Blackstone ou une banque internationale respectable d'opérer sur leur territoire. De grands projets miniers à partir de Standard Bank en Afrique du Sud ou sur le pétrole du Nigéria via UBA verront bientôt le jour, et les fonds privés seront sans doute encore plus incisifs que par le passé.

5) Les fonds prédateurs

La caractéristique de ces fonds est de chercher à détruire tout ou partie de l'entreprise cible de façon à s'emparer de secrets d'affaires qui seront exploités par ailleurs.

Il convient à ce sujet d'être attentif à la filiation entre le fond prédateur et d'autres fonds activistes, souverains, entreprises concurrentes... Comment la deviner et l'anticiper ? De quelle manière les services de l'Etat peuvent-ils aider l'entreprise à découvrir à qui ils ont réellement à faire ?

Les 10 fiches pratiques du HRIE sur la levée de fonds à l'attention des entreprises non cotées qui souhaitent à la fois être accompagnées par une société d'investissement et s'assurer, dans le même temps, de la maîtrise de leurs informations financières constituent une liste type et une méthode de négociation entre l'entreprise et le fond.

http://www.intelligence-economique.gouv.fr/article.php3?id_article=349

Pouvons nous imaginer d'aller plus loin et interdire l'accès à certains éléments vitaux de l'entreprise s'il est envisageable que le partenaire financier ou le nouveau propriétaire financier s'en servent contre l'entreprise ?

Autre perspective, le profil d'un fond peut muter rapidement et en silence, d'une position neutre vers une attitude active sur ordre de son holding par exemple. La question se pose alors de savoir si nous pouvons encore le contrecarrer alors qu'il est déjà propriétaire du capital ? Une première esquisse de réponse pourrait-elle consister en une sorte d'obligation permanente de déclaration d'identité des propriétaires de et/ou investisseurs dans ces fonds ?

Plusieurs situations sont envisageables :

- que faire lorsqu'un fond a le pouvoir d'extraire de la technologie, des brevets, des procédés et des compétences humaines mettant en danger la pérennité de l'entreprise ?
- que faire lorsque le refinancement de la dette de l'entreprise est la merci du bon vouloir des liquidités du fond prêteur ou souverain ?
- que penser lorsqu'un fond prêteur sous influence d'un fond souverain tergiverse pour refinancer une dette d'une entreprise stratégique ?
- qu'imaginer lorsqu'un fond souverain ou sa filiale prêtatrice est actionnaire d'une entreprise elle-même engagée dans des programmes avec l'état français, programmes qui vont à l'encontre des intérêts du pays propriétaire du fond prêteur ?
- que faire si le fond prêteur, filiale d'un fond souverain, demande en contrepartie d'une aide ou d'une alliance entre son pays et l'état français une réduction des charges pesant sur ses intérêts en France ou une part plus grande au capital d'entreprises françaises stratégiques ?...

Comme souvent, la réalité précède la fiction. Le 16 novembre 2007 le Mubadala d'Abou Dhabi, qui avait acheté une participation de 7.5% dans Carlyle se proposait de saisir pour 700 M\$ 9% d'AMD, le fabricant américain de micro processeur détenant 23% de part de marché mondial (77% pour Intel). Cette prise de participation est amicale. En effet AMD remettait, pour le quatrième trimestre consécutif, des résultats opérationnels négatifs qui s'expliquent par une compétition plus vive face à son concurrent direct Intel mais surtout par le financement d'une dette en forte tension après qu'AMD ait racheté en 2007 le Canadien ATI pour 5.6Mds\$. La question se pose à présent de connaître la position du gouvernement américain et de la faculté d'opposer son éventuel veto ou la possible venue d'un chevalier blanc habilité.

Pour d'identiques raisons, Abou Dhabi investit 7.5 Mds \$ dans Citigroup contre 5% du capital au moment où la banque américaine est fragilisée par la crise des subprime et où sa nouvelle direction générale n'a pas encore été recrutée.

Conclusion

Sous peu, de nouveaux établissements, fragilisés ou en bonne santé, y compris français, verront sans doute des investisseurs souverains s'inviter à leur capital.

Rien ne s'oppose à l'entrée à ces nouveaux actionnaires : elle est conforme au droit de la concurrence internationale, et souhaitable au regard de la manne financière qu'ils représentent.

Ces mouvements de capitaux massifs, sont des facteurs structurant de l'organisation capitaliste d'un pays en terme d'emploi notamment, et le législateur français est dans son rôle lorsqu'il envisage l'éventail des conséquences et donc des règles qui doivent les accompagner.

La législation sur le Secret des Affaires sera l'un des points d'équilibre entre deux nécessités : accueillir dans les meilleures conditions possibles les capitaux gérés par les fonds

d'investissement internationaux et maintenir intacte l'attractivité de la nationalité française des entreprises une fois qu'elles appartiendront à des capitaux étrangers.

4.7. La propriété intellectuelle et les brevets (IHEDN - groupe de travail sur l'intelligence économique)

1. Définition du cadre légal et du champ de l'information à protéger

Il s'agit de toute information ou connaissance visée par les dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle, y compris les inventions exclues de la protection par son article L611-10, qui sont détenues par une entité économique et dont la perte de disponibilité, d'intégrité, de confidentialité ou d'exclusivité est susceptible de se traduire par un dommage pour l'entité. Cette perte, qui peut être assimilée à un sinistre, se traduit par une compétitivité affaiblie.

De manière incidente, il est rappelé que le Code de la Propriété Intellectuelle est un recueil de textes législatifs visant à rétribuer, par un monopole temporaire (20 ans pour les brevets), l'information ou la connaissance, fruit bien souvent d'un lourd investissement en R&D, en échange de son accessibilité au public. Ainsi, cette information ne doit-elle plus présenter de caractère confidentiel pour que le droit de propriété intellectuelle puisse être opposable aux tiers. C'est l'exploitation illicite par les tiers de cette information constitutive de droits, avant l'expiration du monopole légal, qui est sanctionnée par les Tribunaux comme étant un acte de contrefaçon. Le Code de la Propriété Intellectuelle est donc avant tout un outil de partage de l'information et de la connaissance en vue de favoriser la création et l'innovation qui sont des facteurs essentiels de compétitivité.

Mais une entité économique poursuit en fait un objectif opposé à ce partage et cherche à se réserver l'information ou la connaissance qui lui garantit un avantage compétitif.

C'est pourquoi, dans le cadre d'une approche stratégique globale de protection, il peut s'avérer préférable de maintenir certaines informations au secret, en particulier lorsqu'elles concernent des éléments dont les preuves de la reproduction par la concurrence seraient difficiles à établir (paramètres des procédés industriels par exemple).

Tous les pays ont aujourd'hui adopté des textes législatifs sur la protection de la Propriété Intellectuelle selon cette approche globale et un grand nombre d'entre eux ont signé des conventions internationales pour la reconnaissance mutuelle de ces droits (Accords ADPIC, Convention d'Union de Paris, Traité PCT, Convention sur le Brevet Européen,...). Par ailleurs, en marge des dispositions évoquées ci-dessus, le Code du travail en son article L 152-7 détermine les peines et amendes applicables en France à la violation du secret de fabrique.

2. Les sinistres dommageables pour la compétitivité de l'entité

2.1 Du propre fait de l'entité

Il s'agit d'actes perpétrés soit par les décideurs, actionnaires et/ou administrateurs de l'entité économique, soit par son personnel.

Ces sinistres ont pour origine la négligence (abandon de documents, propos tenus dans des lieux publics...), traduisant généralement un manque de sensibilisation à la valeur de l'information. Ils peuvent aussi résulter d'une malveillance caractérisée, dictée bien souvent par un désir de vengeance ou par la recherche de la satisfaction personnelle d'un besoin de reconnaissance par des tiers.

2.2 Du fait de partenaires en relation d'affaires

Ces partenaires sont les fournisseurs, les donneurs d'ordres, les sous-traitants, les auditeurs et conseils ou tous prestataires de services extérieurs à l'entité qui, du fait de leur comportement négligeant ou indélicat, s'approprient ou divulguent une information de nature confidentielle émanant de l'entité.

Il n'est pas rare en effet qu'un fournisseur sollicité par une entreprise pour fabriquer tout ou partie d'un produit nouveau, communique les caractéristiques de ce produit à une société concurrente dont les capacités de production sont supérieures, cela dans l'espoir d'accroître ses débouchés.

De même un équipementier qui se voit proposer un dispositif astucieux par un premier sous-traitant, n'hésitera pas à confier la réalisation de ce dispositif à un autre sous-traitant dont les coûts sont plus bas.

Enfin, il n'est pas besoin de rappeler les missions occultes de collecte d'informations sensibles dont se chargent des personnes sous couvert de prestataires de services tels que des sociétés de nettoyage.

De tels actes peuvent aussi résulter d'une politique organisée d'appropriation des connaissances d'autrui dans le cadre, par exemple, d'une démarche qualité (cas de la norme *six sigma* mise en place par General Electric lors d'appels d'offres qui exige la communication d'informations techniques sans rapport direct avec le cahier des charges) ou de prises de participation financière (cas de la société Gemplus) qui conduisent à un détournement de savoir-faire au profit de la concurrence.

Ces derniers actes qui s'apparentent à du parasitisme, se font en pratique dans la passivité de l'entité qui, dans un environnement mondialisé et très concurrentiel où les rapports de force prédominent, ne peut s'opposer à ce transfert de connaissances sans risquer de se trouver économiquement en difficulté.

2.3 Du fait des concurrents

Dans une compétition économique très vive, la recherche et la collecte d'informations confidentielles détenues par les entités concurrentes sont des pratiques qui permettent souvent d'obtenir un avantage concurrentiel décisif ou de rattraper un retard stratégique.

Cela est particulièrement vrai pour les données technologiques relatives au savoir-faire industriel (procédés, matières utilisées, dimensionnement des installations...) et pour les informations du marketing (nouvelles marques en cours de lancement, modèles originaux....) qui sont au cœur du processus de conquête du marché.

Au-delà des procédures indispensables mais tout à fait légales de veille concurrentielle qui se bornent à collecter et à analyser les informations provenant de sources dites ouvertes, le recueil d'informations à partir de sources dites fermées fait généralement appel à des opérations marginales qui relèvent souvent de l'illégalité ou du moins de l'abus de droit.

2.3-1 Par l'abus de droit

Il s'agit essentiellement d'actes diligentés dans le cadre de procédures judiciaires ou préliminaires à l'introduction d'instances, engagées par un tiers concurrent à l'encontre d'une entité (collecte de preuves selon l'Article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile, les commissions rogatoires et autres instructions, les enquêtes du Conseil de la Concurrence, les saisies-contrefaçon, la procédure dite de *discovery* aux USA...).

Ces procédures ont été prévues par les textes dans le seul but de permettre ou de faciliter au plaignant ou au juge la recherche des preuves des actes répréhensibles allégués avant l'engagement d'une action judiciaire sur le fond devant les juridictions compétentes.

Bien que ces actes doivent être accomplis selon des modalités très strictes et généralement sous l'autorité d'un magistrat à peine de nullité, il n'existe pas réellement de contrôle a posteriori de la destination ni de l'usage ultérieur des informations collectées. Ainsi, la menace d'une action ne peut-elle être qu'un prétexte et il n'est pas rare de voir des avocats étrangers procéder sur le sol français et pour le compte d'entreprises étrangères, à des mesures d'investigation (auditions de témoins et d'experts, interrogatoires ciblés...) auprès d'entités industrielles menacées d'une action en contrefaçon hors de France alors qu'aucune action judiciaire sérieuse ne se trouve en fait engagée par la suite.

2.3-2 Par des actions illégales

Il existe des risques de voir l'entité faire l'objet de tentatives d'intrusion, de corruption, d'extorsion, d'abus de confiance, de chantage ou d'espionnage dans le but de capter des informations confidentielles de portée stratégique. Ces risques ne sont pas nouveaux pour les entreprises des secteurs dits « sensibles » (armement, aéronautique, télécommunications, biotechnologies,...) où la connaissance des progrès scientifiques techniques des concurrents et adversaires constitue traditionnellement des atouts de puissance pour les grandes entreprises de ces secteurs de pointe et pour les Etats associés.

En revanche, il est manifestement nouveau que ces risques concernent désormais aussi des entités travaillant dans des domaines où la technologie paraît certes plus banale, (comme les produits dits « grand public ») mais où les enjeux marketing sont déterminants (cf. l'affaire du taux de benzène dans l'eau de Perrier). Les difficultés inhérentes à ces situations résident dans le fait que les fuites d'informations sont souvent indétectables, que les preuves de manœuvres illégales sont très difficiles à établir et qu'au surplus, les éventuelles poursuites ne pourront ni éviter ni compenser le préjudice subi par l'entité.

2.4 Du fait des autorités administratives

Les dossiers de demande d'accréditation, de conformité (normalisation), d'autorisation de mise sur le marché (médicaments), d'importation (douanes), ...qui sont étudiés par les différentes administrations tant en France qu'à l'étranger, sont autant de moyens de saisie d'informations confidentielles. Ils ne s'accompagnent, pour l'entité demanderesse, d'aucune garantie sérieuse quant à la préservation de la confidentialité pendant et après le traitement du dossier.

3. Le système actuel de prévention et de répression des sinistres

Les atteintes aux informations ou connaissances peuvent être prévenues par des mesures d'ordre technique, organisationnelle, humaine ou juridique.

Les mesures judiciaires de poursuite devant les tribunaux relèvent a priori de la répression et complètent le dispositif de prévention. La menace d'une action et le niveau des sanctions encourues renforce le caractère dissuasif.

3.1 Les mesures techniques

Le principe de ces mesures consiste à multiplier et à renforcer les barrières permettant d'isoler ou de confiner les informations confidentielles devant être protégées et à prévoir le cas échéant des systèmes de détection d'intrusion et d'alerte.

A cet égard, la nature des informations (techniques, financières,...) n'a pas d'influence sur les dispositifs de protection choisis qui pourront utiliser tous les moyens traditionnels pris indépendamment les uns des autres ou en association tels que les coffres-forts, les contrôles d'accès aux installations, les systèmes de traçabilité, les outils de cryptage ou de chiffrement. En ce qui concerne les informations scientifiques et techniques, les laboratoires de recherche utilisent généralement des cahiers sur lesquels les résultats de leurs travaux sont consignés de manière journalière, datés et signés par le responsable de l'unité. Préalablement au dépôt d'une demande de brevet qui matérialisera le droit de propriété de ces résultats, ces cahiers constituent déjà une preuve anticipée de leur date d'invention ou de découverte qui, en cas de litige, pourrait servir de fondement à une revendication de propriété.

3.2 Les mesures organisationnelles

En complément des mesures énoncées ci-dessus, l'entité peut renforcer son dispositif de protection par la mise en place de procédures internes de classification, de traitement, de stockage et de destruction des documents confidentiels. Une règle d'organisation particulièrement utile à la protection consiste à cloisonner les responsabilités de sorte que les informations détenues par chacun demeurent parcellaires.

Le département Propriété industrielle de l'entité assure en général le suivi de tous les nouveaux développements issus de la recherche et/ou des projets du marketing et décide de la suite à donner (dépôt d'une demande de brevet ou maintien au secret, dépôt d'une marque ...) en fonction des orientations du projet.

3.3 Les mesures humaines

Ce sont les procédures relatives au personnel de l'entité telles que la procédure d'habilitation (confidentiel défense, secret défense,...), les démarches de sensibilisation, les séminaires de formation ainsi que toute mesure permettant de limiter la vulnérabilité de l'entité par la prise de conscience des effectifs à la sécurité de l'information.

3.4 Les mesures légales

3.4-1 Les mesures juridiques

L'entité a sa personnalité juridique propre (personne physique ou morale) lui permettant d'établir des liens contractuels avec ses actionnaires, administrateurs, salariés, partenaires et filiales. Dès lors, ceux-ci peuvent prévoir des clauses de confidentialité explicites ou implicites. Les actes effectués en infraction de ces clauses sont susceptibles d'être sanctionnés par les Tribunaux en application des dispositions du Code Civil, du Code du travail ou encore d'autres textes de loi. Un mécanisme juridique similaire peut être mis en œuvre au moyen de pactes, de chartes, de règlements intérieurs...

Dans le cadre des obligations que l'entité fait peser sur ses co-contractants pour le transfert de connaissances, elle peut rechercher la meilleure protection pour celles qu'elle possède (patrimoine incorporel) ou celles qu'elle va acquérir par ses investissements en recherche et développement ou en marketing. Inversement, elle doit respecter les obligations qui lui incombent au regard de la propriété des tiers et veiller à ne pas s'engager de manière manifestement abusive pour éviter toute entrave à sa liberté d'action et à la jouissance de ses propres droits. Elle devrait donc privilégier le recours aux droits de la Propriété Intellectuelle, chaque fois que cela est possible et compatible à la fois avec ses intérêts et les exigences du Code.

3.4-2 Les mesures judiciaires

En cas de litige, l'entité fait reconnaître ses droits sur son patrimoine incorporel en recourant, si nécessaire, aux poursuites judiciaires devant les juridictions pénales et/ou civiles compétentes. En France, cela peut se faire en application des dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle relatives à l'action en contrefaçon, du Code civil applicables aux actes de concurrence déloyale (articles 1382 et 1383) ou de tout autre texte de loi approprié (Code Pénal, Code du Travail, instructions ministérielles...). Il en est de même à l'étranger où existent des dispositions équivalentes.

Lorsqu'il y va de la violation de ses droits de propriété Intellectuelle, l'entité peut utiliser tous les moyens et procédures prévus par les textes pour rechercher les preuves de l'origine et de l'étendue de son préjudice (saisies en douanes, constats, mesures d'instruction, expertise...). C'est là un avantage majeur de la constitution de titres de propriété préalablement à toute atteinte.

4. Les faiblesses constatées dans la mise en oeuvre

D'un point de vue théorique, les mesures présentées au paragraphe précédent sont de nature à couvrir tous les sinistres relatifs aux informations ou connaissances détenues par une entité économique.

En pratique cependant, de graves faiblesses se font jour. Parmi les plus couramment constatées :

- **L'entité ne dispose pas d'une politique globale de protection** : la qualité d'une sécurité, on le sait, ne vaut que par celle de son maillon le plus faible. S'il subsiste des brèches de sécurité, toutes les mesures prises par ailleurs deviennent inutiles.
- **Avec le temps, le respect des mesures de sécurité se relâche** : une politique de sécurité doit en effet intégrer la continuité et comprendre dans ce but une réévaluation permanente notamment à la lumière des risques éventuels nouveaux qui apparaissent.
- **L'effet dissuasif des mesures judiciaires ne joue pas vraiment dans les faits** : les contrevenants éventuels n'ignorent pas en effet que les poursuites sont vaines en l'absence de preuves suffisantes. Ils comptent donc sur leur habileté à ne pas laisser de traces compromettantes. Ils tablent aussi sur le caractère long et incertain des procédures qui peuvent faire reculer leurs victimes devant un procès d'autant plus que les dommages et intérêts à espérer demeurent souvent faibles. Enfin ils savent qu'il est aisé de troubler l'esprit d'un juge non spécialisé dès lors que le litige porte sur des éléments de haute technicité.
- **Mauvaise perception de la valeur d'un bien incorporel** : contrairement aux biens corporels qui ont une valeur comptable qui est largement et aisément perceptible, bien des informations ou connaissances d'une entité économique n'entrent pas dans son bilan alors qu'elles ont une valeur indéniable. C'est le cas de tout le savoir notamment technique du personnel ou encore des réseaux relationnels qu'il entretient (*Goodwill*).
- **Absence d'assurance spécifique** : en règle générale ne sont pas proposées des assurances couvrant les sinistres relatifs à la perte d'informations ou de connaissances.

5. Les propositions

5.1 Certification à la norme ISO 17 799

En annexe figure une présentation de la norme ISO 17 799 sur la sécurité de l'information. Conformément à une approche traditionnelle en matière de sécurité, elle s'inscrit dans une démarche de gestion des risques, qui sont, en l'espèce, liés aux informations ou connaissances telles que définies au paragraphe 1 ci-dessus.

Le principe consiste à faire un audit de ces risques et à en comparer les résultats avec le niveau de sécurité visé idéalement. Bien évidemment ce niveau doit être en rapport avec l'impact que pourraient avoir les différents sinistres ainsi que leur probabilité de survenance. La norme donne alors une sorte de *check list* des bonnes pratiques en réduction de risques à mettre en œuvre pour les ramener au niveau ciblé.

Ces bonnes pratiques n'apportent rien de nouveau par rapport aux mesures répertoriées au paragraphe 3 ci-dessus qui sont effectivement adaptées pour offrir une parade à tous les cas de figure. Mais le respect de la norme a un effet structurant et permet de les faire entrer dans une politique de sécurité informationnelle à la fois globale (de sorte qu'aucune zone d'ombre dans le dispositif ne subsiste) et continue (en prévoyant notamment un renouvellement régulier de la comparaison entre les résultats d'audit et les niveaux de sécurité ciblés).

5.2 Avantages de la certification

Les autres faiblesses relevées au paragraphe 4 précédent peuvent également être éliminées. Des systèmes tels que des mouchards, dès lors qu'ils sont prévus à l'avance, autorisent la constitution de preuves. Les audits incluent le recensement des informations et connaissances à protéger de sorte que la prise de conscience de leur valeur peut s'effectuer de manière pragmatique et anticipée.

Même si les mesures en réduction de risques représentent un coût pour l'entité économique, leur existence aboutit à une amélioration de sa productivité et donc à des gains. Par suite, il ne devrait pas être difficile de faire admettre à ses dirigeants l'intérêt de la certification à cette norme pour la permanence de la compétitivité.

En fait il n'est pas question de rechercher pour l'entité un niveau de risque nul. Ce niveau n'existe pas et même s'en approcher significativement reviendrait à un coût disproportionné.

Pour les sinistres qui sont écartés par le dispositif de sécurité – en raison d'une probabilité jugée trop faible et d'un impact si important que le réduire coûterait trop cher –, il est d'usage dans d'autres domaines que la sécurité de l'information (notamment les assurances sur la vie) d'avoir recours à l'assurance.

En matière d'information ou de connaissance, des assurances pour couvrir ce genre de sinistres ne sont pas traditionnellement proposées. Mais il faut admettre que les choses changeraient si les entreprises en observant par ailleurs la norme ISO 17 799, ramenaient dans les fait les risques à un niveau acceptable pour l'assureur. Cela permettrait une couverture globale pour l'entité économique à la fois certifiée et assurée.

Cet accroissement de sécurité, gage pour l'entité de sa compétitivité et donc de sa pérennité, aurait pour effet de mettre en confiance ses partenaires, notamment ses clients ou donneurs d'ordre. Ceux-ci, en préférant des entités certifiées et assurées, ne tarderaient pas dès lors à

amener les autres entreprises à suivre l'exemple, à peine de perdre à terme tous leurs débouchés.

5.3 Incitations envisageables

Afin d'inciter les entreprises à aller vers cette couverture globale, l'Etat pourrait recourir à de nombreux moyens et par exemple:

- Avantages fiscaux ou subventions accordés directement,
- Subventions accordées aux organismes certificateurs,
- Octroi d'un agrément ou d'un label de confiance,
- Facilités ou priorités accordées dans la sélection aux marchés publics,
- Droit exclusif de répondre aux appels d'offre de certains pays,
- Obligation de certification pour les entreprises de secteurs jugés particulièrement sensibles...

Ainsi n'apparaît-il pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à la législation existante. Il y va uniquement de l'observation d'une méthodologie appropriée, qui est, au demeurant, parfaitement connue et disponible à ce jour.

En conclusion, il suffirait d'une impulsion des pouvoirs publics en direction de la généralisation de cette méthodologie au secteur économique.

4.8.Article L463-4 du code de commerce

Code de commerce

Partie législative

LIVRE IV : De la liberté des prix et de la concurrence.

TITRE VI : De l'Autorité de la concurrence.

Chapitre III : De la procédure.

Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 2

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'Etat précise les modalités d'application du présent article.

Cité par:

Décret n°87-849 du 19 octobre 1987 - art. 19 (Ab)

Décret n°2002-689 du 30 avril 2002 - art. 36-1 (MMN)

Décret n°2009-142 du 10 février 2009, v. init.

Décision du 30 mars 2009 - art., v. init.

Code de commerce. - art. L430-6 (M)
Code de commerce. - art. L430-6 (VD)
Code de commerce. - art. L430-7 (M)
Code de commerce. - art. L430-8 (VD)
Code de commerce. - art. L463-1 (V)
Code de commerce. - art. L463-1 (V)
Code de commerce. - art. L463-2 (V)
Code de commerce. - art. L463-2 (V)
Code de commerce. - art. R463-13 (M)
Code de commerce. - art. R463-13 (V)
Code de commerce. - art. R463-15-1 (V)
Code de commerce. - art. R464-29 (V)

Anciens textes:

Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 - art. 23 (Ab)

4.9. Décret n° 2009-142 du 10 février 2009 pris en application de l'article L. 463-4 du code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence

Le 17 avril 2009 - JORF n°0035 du 11 février 2009 - Texte n°45

DECRET - NOR: ECEC0830141D

Décret n° 2009-142 du 10 février 2009 pris en application de l'article L. 463-4 du code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence

Le Premier ministre,

Sur le rapport de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

Vu le code de commerce, notamment ses articles L. 463-4 et L. 450-1 dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence ;

Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,

Décrète :

Article 1

L'article R. 463-13 du code de commerce est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art.R. 463-13.-Pour l'application de l'article L. 463-4, lorsqu'une personne demande la protection du secret des affaires à l'égard d'éléments communiqués par elle à l'Autorité de la concurrence ou saisis auprès d'elle par cette dernière, elle indique par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, pour chaque information, document ou partie de document en cause, l'objet et les motifs de sa demande. Elle fournit séparément une version non confidentielle et un résumé de chacun de ces éléments. Cette demande doit parvenir à l'Autorité dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle lesdits éléments ont été obtenus par l'Autorité. En cas d'urgence, ce délai peut être réduit par le rapporteur général, notamment afin de permettre l'examen d'une demande de mesures conservatoires par l'Autorité, sans pouvoir être inférieur à quarante-huit heures. Dans ce cas, la demande de protection peut être présentée par tout moyen.

Lorsqu'une personne communique des éléments au ministre chargé de l'économie ou que ce dernier saisit des éléments auprès d'elle dans le cadre d'une enquête relative aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5, cette personne est invitée à signaler par lettre, dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle lesdits éléments ont été obtenus par le ministre, qu'elle demande la protection du secret des affaires, sans préjudice de son droit à invoquer les dispositions de l'article L. 463-4 devant l'Autorité de la concurrence. Cette lettre est jointe à la saisine éventuelle de l'Autorité de la concurrence.

Lorsque l'instruction de l'affaire par l'Autorité de la concurrence fait apparaître que des informations, documents ou parties de documents pouvant mettre en jeu le secret des affaires n'ont pas pu faire l'objet d'une demande de protection par une personne susceptible de se

prévaloir de ce secret, le rapporteur général invite cette personne à présenter, si elle le souhaite, une demande dans les conditions de forme et de délai mentionnées au premier alinéa pour bénéficier de la protection du secret des affaires. »

Article 2

L'article R. 463-14 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art.R. 463-14.-Les informations, documents ou parties de documents pour lesquels une demande de protection au titre du secret des affaires n'a pas été présentée sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires. Il en est de même des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans au moment où il est statué sur la demande, sauf si, dans des cas exceptionnels, le rapporteur général en décide autrement.

Dans le cadre de l'instruction par l'Autorité de la concurrence, le rapporteur examine, avant que les éléments concernés du dossier soient rendus accessibles ou communiqués aux parties, les demandes de protection de secrets d'affaires qui ont été formulées. Le rapporteur général notifie au demandeur une décision de traitement confidentiel des informations, documents ou parties de documents en cause. Les actes de procédure sont établis en fonction de cette décision. Le rapporteur général peut aussi rejeter la demande en tout ou en partie si elle n'a pas été présentée conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article R. 463-13, si elle l'a été au-delà du délai imparti ou si elle est manifestement infondée. »

Article 3

L'article R. 463-15 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art.R. 463-15.-Lorsque le rapporteur considère qu'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'Autorité, il en informe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception la personne qui a fait la demande de protection du secret des affaires contenu dans ces pièces et lui fixe un délai pour présenter ses observations avant que le rapporteur général ne statue. La décision du rapporteur général est notifiée aux intéressés.

Lorsqu'une partie mise en cause n'a pas eu accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander au rapporteur la communication ou la consultation en lui présentant une requête motivée dès sa prise de connaissance de la version non confidentielle et du résumé de cette pièce. Il est alors procédé comme à l'alinéa précédent.

Le rapporteur général fixe, le cas échéant, un délai permettant un débat sur les informations, documents ou parties de document nouvellement communiqués. »

Article 4

Il est ajouté à la section 4 du chapitre III du titre VI du livre IV du même code un article R. 463-15-1 ainsi rédigé :

« Art.R. 463-15-1.-Pour l'application de l'article L. 463-4 dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre III, les personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence lui précisent en même temps celles qui constituent des secrets d'affaires. Le rapporteur général veille à ce que ces informations soient réservées à

l'Autorité et au commissaire du Gouvernement et à ce que soient constituées, si nécessaire, des versions non confidentielles des documents les contenant.

Les dispositions des articles R. 463-13 à R. 463-15 ne sont pas applicables. »

Article 5

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi est chargée de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française et entrera en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

Fait à Paris, le 10 février 2009.

François Fillon

Par le Premier ministre :

La ministre de l'économie,
de l'industrie et de l'emploi,
Christine Lagarde

**4.10. Lettre du 19 février 2009 du Président de commerce de Paris au
HRIE**

Monsieur Alain JUILLET
Haut Responsable chargé de l'Intelligence Economique

Paris, le 19 février 2009

CDB/FLC/288

Monsieur le Haut Responsable,

Nous avons lu avec le plus grand intérêt, Monsieur Scetbon-Didi et moi-même, le projet de rapport de protection du secret des affaires daté du 23 janvier 2009.

Nous avons été très impressionnés par la qualité de ce rapport et nous nous rallions tout à fait à l'ensemble de vos propositions, notamment en ce qui nous concerne à la proposition 14 concernant la version courte des comptes qui serait celle publiée, dans la mesure où les autres documents restent accessibles aux tiers ayant un intérêt légitime à en connaître, c'est à dire le président du tribunal de commerce dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises ; la proposition 21 relative à la formation à l'intelligence économique pourrait être progressivement étendue au delà de la magistrature.

Nous permettons simplement d'insister sur votre proposition 12, car nous nous heurtons très fréquemment dans le domaine des requêtes à la difficulté de préserver le secret des affaires tout en permettant à une entreprise d'acquérir la preuve d'actes de concurrence déloyale effectuée par un concurrent.

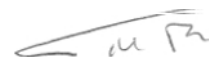
Au tribunal de commerce de Paris, nous avons pris l'habitude après avoir bien examiné la requête et les conséquences d'une saisie des pièces demandées, d'ordonner que l'huissier mette sous séquestre les pièces saisies jusqu'à un débat contradictoire. Il nous arrive également, avec l'accord des parties, que le juge regarde seul les pièces en présence de l'huissier puis débattre avec les parties des pièces de la communication des seules pièces qui lui semblent appropriées à l'objet du litige.

Cette pratique est approuvée par une formation de la Cour d'Appel de Paris, mais désapprouvée par une autre formation.

Nous vous suggérons de proposer une adaptation législative afin de faire obligation au président qui a ordonné les saisies de pièces de les mettre sous séquestre, puis de les examiner en présence de l'huissier avant de débattre contradictoirement avec les parties de celles qui pourront être communiquées.

Restant à votre disposition pour toute information complémentaire sur ce sujet, nous vous prions de croire, Monsieur le Haut Responsable, à l'assurance de notre parfaite considération.

Christian de BAECQUE



4.11. LE DEPOT DES COMPTES ANNUELS EN EUROPE

Le dépôt des comptes est obligatoire dans tous les États de l'Union européenne. La directive européenne 78/660/CEE du 25 juillet 1978 en fixe les conditions. Ces actes devant être déposés au Registre du commerce, ils deviennent de par-là même publics, consultables par tout intéressé.

Le registre est tenu par le Registre du Commerce dans la plupart des Etats européens - Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Espagne, Finlande, France, Gibraltar, Irlande, Italie, Luxembourg, par la cour du ressort du siège de la société en Autriche, ou par d'autres organismes en Belgique, au Danemark et en Norvège.

En Europe, plusieurs pays, dont la l'Allemagne, Belgique, le Danemark, l'Estonie, le Luxembourg, Malte, la Pologne et la Slovénie, permettent déjà le dépôt électronique des comptes annuels. En Norvège le dépôt électronique est effectif depuis 2004, 50% des comptes annuels sont reçus sous forme électronique. En Hongrie et en Lituanie, le dépôt électronique est opérationnel depuis 2006 respectivement le 1^{er} juillet et le 1^{er} mars. Les Pays-Bas testent actuellement leur système d'envoi des comptes annuels au format .pdf par e-mail.

Lorsqu'elles ont lieu, les relances de non-dépôt des comptes sont réalisées automatiquement par courrier ou téléphone.

Les sanctions prévues en cas de non-dépôt des comptes annuels visent, soit les dirigeants, soit les sociétés elles-mêmes.

Dans la plupart des États européens un système a été mis en place pour inciter très fortement les sociétés inscrites au registre du commerce à déposer leurs comptes annuels. Plusieurs mesures ont été mises en place en fonction des pays :

- amende : Allemagne, Autriche, Espagne, France (dépôt des comptes sous astreinte), Gibraltar, Grèce, Hongrie, Italie, Jersey, Lettonie, Lituanie, Luxembourg (amende pénale) Malte, Norvège, République Tchèque, RoyaumeUni, Slovénie et Suède
- responsabilité des dirigeants engagée : à Chypre, en Estonie, à Jersey, en Finlande, aux Pays-Bas l'amende est prononcée à l'encontre des dirigeants
- dissolution : Autriche (au bout de 2 ans), Danemark, Estonie, Finlande, Hongrie (après 3 ans), Lituanie (1 an), Luxembourg, Norvège, Roumanie (dans les 6 mois)

Chaque État a mis en place un système propre pour dissuader les sociétés de ne pas déposer leurs comptes annuels, parfois en panachant les sanctions présentées ci-dessus ou même en en instaurant d'autres, comme par exemple :

- Le montant de l'amende évolue en fonction du retard dans le dépôt des comptes annuels, comme en Belgique, France, Italie.
- Dans deux pays le non dépôt des comptes empêche l'accès et obtention de document du registre : en Espagne l'accès au Registre du Commerce des documents de la société défaillante est clôturé et à Gibraltar le « certificate of good standing » n'est plus délivré.
- En Italie, un procès verbal est dressé à l'encontre des dirigeants.
- Aux Pays-Bas, le non dépôt des comptes est un délit économique passible d'emprisonnement.
- En République Tchèque, l'amende correspond à 3% de l'actif de la société en cas de dépôt incomplet et 6% en cas d'absence de dépôt.
- Au Royaume-Uni, l'omission du dépôt des comptes est une infraction pénale et en plus de l'amende, les dirigeants encourrent une inscription au casier judiciaire.

LE DEPOT DES COMPTES ANNUELS EN EUROPE

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	Coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non- dépôt	Sanction en cas de non-dépôt
Allemagne	Oui	25 € pour les petites entreprises 50€ pour les moyennes et les grandes entreprises	Greffier. Registre du Commerce.	12 mois après la fin de l'année fiscale.	Approbation par l'AG et le commissaire aux comptes Publication au Bulletin Officiel Dépôt des documents et de l'acte de publication au Registre du commerce	Oui, à la demande des tiers.	Amende : jusqu'à 25 000€. Radiation
Angleterre et Pays de Galles	Oui	Gratuit	Service du Registre du Commerce	10 mois suivant la clôture de l'exercice social : private limited company 7 mois : public limited company	Comptes accessibles au public sur le site de Companies House	Par courrier puis téléphone	Amende (dirigeant, société privée : jusqu'à £1 000 et société publique : jusqu'à £5 000) Mention au casier judiciaire. Disqualification. Radiation

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	Coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non dépôt	Sanction en cas de non-dépôt
Autriche	Oui	NC	Cour dans le ressort de laquelle la société est enregistrée	Immédiatement, 9 mois au plus tard après la clôture des comptes annuels	- Dépôt au Registre du commerce au Tribunal compétent - Publication à la Gazette officielle	Oui.	Amende : jusqu'à 3810€ Dissolution
Belgique	Oui	Gratuit	Banque Nationale de Belgique.	6 mois après l'approbation des comptes.	Dépôt au siège de la Banque Nationale de Belgique	Oui.	Dissolution.
Chypre	Oui	17,09€ Sociétés étrangère : 34,17€	Agence ministérielle	Fin décembre	Dépôt et consultation auprès du registre	Non	Systématique par amende proportionnée à l'entreprise
Danemark	Oui	Gratuit	Direction Danoise des Industries et des Sociétés	En général : 1 mois après l'approbation des comptes et 6 mois au plus tard après la clôture de l'exercice. Pour les SA et les sociétés cotées en bourse : 6 jours après l'approbation des comptes et 5 mois au plus tard après la clôture de l'exercice	Base de données de la Direction Danoise des Industries et des Sociétés. Comptes accessibles au public sur Internet ou auprès e la DCCA	Par courrier, puis poursuites judiciaires	Personne physique amende de 200 à 1 000 DKK (25 à 125 €) par dirigeant SA et les sociétés cotées en bourse : de 435 à 8 000 DKK (55 à 1000 €) Personne morale : mise en demeure de déposer les comptes et amende.

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	Coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non-dépôt	Sanction en cas de non-dépôt
Espagne	Oui	2.10€ de coût de dépôt + 0,60€ pour chaque document (au minimum 5) soit environ 30 euros	Chef du Registre du Commerce	mois pour l'adoption des comptes. 1 mois pour le dépôt.	Boletín Oficial del Registro Mercantil)	Non	Ouverture d'un dossier de sanction. Clôture de l'accès au Registre du commerce. Amende : de 1 220€ à 6 098€
Estonie	Oui	Gratuit	Registre national du commerce	1 mois après l'approbation par l'AG et au plus tard 7 mois après la clôture de l'exercice fiscal	Accessible par Internet	Non mais inscription au kbis	Radiation de la société 4 mois après l'inscription ; au kbis
Finlande	Oui	Gratuit.	Agence gouvernementale	8 mois après la clôture de l'exercice social.	Registre du Commerce.	Oui	Amende : 3 050€ Liquidation ou radiation
France	Oui	45,71 € (greffe : 14,30 € INPI : 5,45€ JO : 22,50 € TVA : 2,91€)	Registre du commerce	1 mois après l'approbation des comptes.	Registre du Commerce. Avis au BODACC. Comptes accessibles aux tiers	Oui. Injonction de dépôt des comptes	Amende : 1 500€
Gibraltar	Oui	12,5€	Companies House	13 mois après la clôture des comptes. 10 mois pour les sociétés publiques.	Comptes accessibles au public.	Oui.	Amende montant non communiqué. Poursuites et liquidation
Hongrie	Oui	Gratuit	Registre tenu par le commerce	Fin de l'exercice social	l'appréciation Commerce.	Non car sanction immédiate	A du Tribunal à partir de 500€

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non dépôt	Sanction en cas de non-dépôt
Irlande	Oui	40€ sur support papier 20€ sur support électronique	Company Registration Office.	11 mois après la clôture de l'exercice social	Irish Oifigiuil.	Oui, par courrier	Amende : jusqu'à 1 325€. Radiation. Associés tenus des dettes. Actifs de la société deviennent propriété de l'État.
Italie	Oui	57€	Registre des entreprises	30 jours après l'approbation des comptes	- dépôt du bilan Au tribunal appartenant à la juridiction du registre du commerce auprès duquel la société s'est enregistrée. - Publication de l'acte de dépôt des comptes dans le bulletin officiel des sociétés	Non	Amendes Société 108,45€ Entreprise individuelle 25,82€
Lettonie	Oui	Gratuit	Registre du Commerce	Fin avril ou fin juillet	Au Registre et au 30	Oui	230 euros en cas de retard + 250 euros pour le 1" retard supplémentaire + 382 par tranche de retard additionnelle

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	Coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non dépôt	Sanction en cas de non-dépôt
Lituanie	Oui	Gratuit	Registre national du commerce	30 jours après l'approbation des comptes	Sur le site Internet du registre	Non car sanction immédiate	Entre 145 et 1450 euros selon la taille de l'entreprise Radiation de la société en cas de non dépôt à l'issue d'une période de 24 mois
Luxembourg	Oui	34,50E	Registre du Commerce après enregistrement auprès de l'Administration de l'enregistrement et des domaines	1 mois après approbation	Mention du dépôt au Mémorial. Comptes accessibles via Internet	Avis annuel par voie de presse	Sanction pénale. Liquidation judiciaire
Malte	Oui	Entre 136,06€ et 978,34 en fonction du capital	Registre du Commerce	7 à 11 mois et demi selon le statut de la société	Au registre + avis de publication au 30	Non car sanction immédiate	2300 euros immédiatement puis 45 euros par jour la première année, 190 euros par jour la deuxième année
Monaco	Oui	Gratuit	Pas de registre public	mois après la clôture de l'exercice	Non	Non	Mise en demeure de dépôt des comptes Retrait de l'autorisation d'exercice
Norvège	Oui	Gratuit	Administration des registres de Bronnoysund	Avant le 1er août de l'année suivante	Non	Oui	Amende : 655 NOK. Liquidation Banqueroute

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	Coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non dépôt	Sanction en cas l de non-dépôt
Pays-Bas	Oui	Gratuit	Chambre de commerce	5 mois et 8 jours après la clôture de l'exercice	- Dépôt des comptes annuels auprès de la Chambre de commerce du lieu d'implantation qui les garde dans le Registre du commerce.20 - Notification de l'enregistrement des comptes annuels au 30	Oui	Responsabilité des dirigeants
Pologne	Oui	121€	Registre du commerce tenu par le greffier du Tribunal de commerce	Deux fois par an	Auprès du registre	Non car sanction immédiate du Tribunal	A L'appréciation du Tribunal
Portugal	Oui	NC	Registre du commerce	Dans les 3 mois à compter de la délibération sociale les approuvant, laquelle doit être tenue dans les 3 premiers mois de l'année civile qui suit la clôture des comptes de l'exercice précédent. Dans les 3 premiers mois de chaque année civile pour les entreprises individuelles à responsabilité limitée	Dépôt au conservatoire du Registre du Commerce Publication au Journal Officiel Portugais	Non	A défaut de dépôt, la société devra payer une pénalité d'un montant maximum de 498,80 €

Pays	Obligatoire dépôt des comptes	Coût	Tenue du registre	Délai du dépôt	Publicité	Relance en cas de non dépôt	Sanction en cas de non-dépôt
République Tchèque	Oui	35€	Registre du commerce tenu par le greffier du Tribunal de commerce	1 mois après approbation	Au registre + avis de publication au BODAC Tchèque	Oui par le registre et p ^{ar} l'administra: ion fiscale	3/0 de l'actif total 3% de l'entreprise
Slovénie	Oui	Sur formulaire : 37€ Sur support libre : 55€ Dossier complet uniquement sur support électronique 90€	Agence gouvernementale	3 mois après la clôture de l'exercice social	Au registre et sur son site Internet	Oui mais sous forme de poursuite dans un délai de 3 mois après la date limite de dépôt	Entre 500€ et 50000€
Suède	Oui	53,5€	Registre national du commerce Patente- och Regisreringverk et	Avant le 1 ^{er} août de l'année suivante.	Transmission des comptes et des rapports annuels à l'autorité compétente : l'autorité compétente pour toute la Suède qui est le responsable de la publication dans le journal officiel	Oui, par courrier	Amende : de 5 000 à 40 000€ en fonction du temps de retard (de 1 à plus de 4 mois) Puis liquidation