

LA NECESSAIRE PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Claude MATHON
Avocat général à la Cour de cassation

Dans une société où la transparence est reine au point d'avoir incité la Cour de cassation à dédier son rapport annuel au titre de l'année 2010¹ au « droit de savoir », l'intelligence économique qui se nourrit des abondantes informations librement accessibles, peut apparaître comme se trouvant dans une situation très favorable. Il n'en va pas de même du secret des affaires qui se trouve souvent en péril, ce qui a incité Alain JUILLET, alors Haut responsable à l'intelligence économique à demander à l'auteur de la présente note de présider un groupe de travail afin de réfléchir aux mesures qui pourraient être prises pour protéger celui-ci².

Il convient de rechercher quelles sont les sources et la définition du secret des affaires avant d'envisager lesdites mesures.

I- LES SOURCES ET LA DEFINITION DU SECRET DES AFFAIRES

I-1 Les sources du secret des affaires

L'intelligence économique est née en France en 1994 à la suite de la publication du rapport Martre, dans lequel il est question non seulement de traitement de l'information mais de traitement légal de l'information, pour permettre aux acteurs économiques de saisir des opportunités ou détecter des menaces.

Rapport MARTRE - 1994

« L'ensemble coordonné des actions de recherche, de traitement, de distribution et d'exploitation de **l'information utile**, par les acteurs économiques. Toutes ces actions sont menées **légalement** dans les meilleures conditions de qualité, de délai et de coût. L'entreprise doit mettre au service de cette capacité nouvelle tous les moyens dont elle dispose pour saisir des opportunités ou détecter des menaces ».

Dix ans plus tard, Bernard Besson et Jean-Claude Possin, ont introduit les dimensions d'éthique et de déontologie dans la définition de l'intelligence économique.

Bernard BESSON et Jean-Claude POSSIN - 2004

« Un système collectif d'acquisition, de production et de transformation de l'information en connaissances utiles. Ce système vise à l'amélioration du processus décisionnel, à l'exercice de l'influence, à la détection des opportunités, à la prévention des menaces et des risques, à la protection et à l'enrichissement du patrimoine, au développement de la performance, au maintien et au redressement de l'image, à la création de valeurs, à la sécurité et à la sûreté. Offensif et défensif ce système implique un projet, une stratégie, une **éthique**, une **déontologie**, une culture de l'anticipation, un partage des connaissances et la maîtrise des fonctions individuelles et collectives de mémoire, de réseaux et d'analyse de l'information. »

¹ Le rapport est disponible à la Documentation française et accessible sur le site internet de la Cour de cassation

² Le rapport qui en est résulté en avril 2009 peut être consulté et téléchargé à l'adresse suivante :
http://www.claudemathon.fr/public/Secret_des_affaires_Rapport_final_17_avril_09.pdf

Pour bien comprendre ce que recouvre l'intelligence économique, il est donc important de ne pas perdre de vue qu'elle se différencie à la fois du « renseignement », activité légale de recherche menée par les services de l'Etat, et de l'espionnage, face illégale du renseignement.

En effet, le système d'intelligence économique doit utiliser des informations primaires (technologiques, financières, scientifiques, juridiques, etc.) accessibles à tous et obtenues dans des sources ouvertes afin de permettre aux entreprises d'être dans une concurrence loyale. Cette vision panoramique des réalités doit faire acquérir à l'entreprise les savoirs et le savoir-faire indispensables à son essor économique.

Cette action d'intelligence économique, respectueuse de ces règles, peut être mise en œuvre par tous les partenaires et plus particulièrement par les chefs d'entreprise et les cabinets d'intelligence économique (souvent utilisés par les entreprises pour obtenir des renseignements).

Les informations qui concernent les concurrents ou qui sont relatives à une situation plus générale peuvent se classer en deux catégories :

- l'information « blanche » (il est communément admis qu'elle constitue 85 à 90 % environ du montant total des informations utiles), qui émane de l'analyse des sources ouvertes accessibles à tous. Il s'en déduit que non seulement, il n'y a pas d'antagonisme entre l'intelligence économique et la transparence mais que la première se nourrit de la seconde.
- l'information « noire » (qui constitue donc environ 10 à 15 % des informations utiles), dont l'obtention nécessite une action illégale.

Certaines entreprises, confrontées à des situations de crise, utilisent la corruption pour obtenir ces informations. Intelligence économique et corruption sont intimement liées, ainsi que le démontre le rapport publié en 2003³ par le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) que je dirigeais alors.

Ces informations « noires » sont détenues par certains services administratifs ou par certaines sociétés concurrentes. Il n'est d'ailleurs pas rare que, sous couvert d'intelligence économique, des officines se livrent à des manipulations en utilisant ces informations.

Quels que soient les avantages de la transparence, il n'est pas contestable que l'entreprise doit protéger son patrimoine, son savoir-faire, ses secrets (de fabrication...). Il est donc indispensable de protéger les intérêts privés de l'entreprise. Il y va également de la protection de l'intérêt général économique.

Il y a plusieurs façons de capter les secrets des entreprises : la corruption, bien évidemment comme il a déjà été dit, mais aussi la captation financière (prises de participation - fonds d'investissement), la captation légale (publication des comptes au greffe du tribunal de commerce par exemple), la captation judiciaire.

C'est celle-ci qui retiendra plus particulièrement l'attention ici. En effet, outre divers événements qui peuvent favoriser la fuite des secrets d'une entreprise (publicité des audiences - perquisitions, par exemple de disques durs et de messageries, notamment dans le cadre d'affaires relatives au droit de la concurrence...), les impératifs du caractère contradictoire du procès permettent d'avoir accès au dossier ou à certaines informations. Il en va ainsi :

- de la constitution de partie civile qui permet l'accès au dossier, l'issue de la procédure devenant indifférente à partir du moment où l'on a pu prendre connaissance de certains documents. Certes des sanctions sont prévues pour sanctionner les procédures abusives mais elles interviennent toujours et inévitablement trop tardivement ;

³ Egalement disponible à la Documentation française et sur le site internet du ministère de la Justice

- des actions in futurum prévues par l'article 145 du code de procédure civile qui permettent préventivement de se constituer des preuves dans la perspective d'un futur procès que l'on n'intentera finalement pas.

Une note détaillée figure en annexe 1 et fait le point sur le recours à la notion du secret des affaires dans la jurisprudence des différentes juridictions françaises et européenne.

Les magistrats doivent donc faire preuve d'une vigilance particulière pour ne pas se faire les complices involontaires de pratiques de captation des secrets d'une entreprise concurrente, ce qui impose également de prendre des mesures adaptées de défense du secret des affaires. Mais encore faut-il que celui-ci soit défini.

I-2 La définition du secret des affaires

Extraits de la lettre de mission d'Alain JUILLET ayant conduit à l'élaboration du rapport susvisé :

« Protéger les entreprises françaises vulnérables face 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 ».

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 ou privées.

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 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 pertes d'emplois, de parts de marchés, d'actifs financiers, et en définitive, de croissance.

Curieusement, alors que les juridictions françaises et européennes s'y réfèrent souvent, le secret des affaires est une notion « littéraire » puisqu'il n'est pas défini juridiquement. En effet, en raison du fait que celui-ci est différent d'une entreprise à l'autre, il est quasiment impossible de l'insérer dans un carcan juridique. On dispose donc de définitions « littéraires » telles que celle du Cohen Act américain de 1996, ou celle du Ministère de l'économie et des finances : ce sont 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, à ses parts de marchés, ainsi que toute autre donnée sensible. C'est l'ensemble du patrimoine immatériel de l'entreprise.

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

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

- définition du Cohen Act américain (loi fédérale de février 1996) :

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

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

Différentes propositions de loi déposées par Bernard CARAYON⁴, Député, ont envisagé une définition juridique. On retiendra celle du texte voté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 23 janvier 2012 (le texte est joint intégralement en annexe 2) :

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

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

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

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

Il en résulte que dans l'immédiat, le secret des affaires n'est pas défini juridiquement, ce qui n'interdit évidemment pas de prendre des mesures pour le protéger. Celles qui viennent à l'esprit en premier tiennent, selon une habitude bien française, à la création d'une infraction spécifique. Mais les réformes d'ordre civil ne doivent pas être, loin de là, ignorées.

II- LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

II-1 La répression de la violation du secret des affaires :

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

On retiendra notamment :

⁴ Il est l'auteur d'un remarquable rapport « Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale » publié en 2003 à la Documentation française.

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

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

- Abus de confiance et bien immatériel : l'article 314-1 du code pénal vise le détournement d'un bien « quelconque ». Par arrêt du 16 novembre 2011 (Bull. n°233), la Cour de cassation a expressément étendu le délit aux biens immatériels, en l'espèce « la clientèle » - Par jugement définitif du 21 juin 2010, le tribunal correctionnel de CLERMONT FERRAND dans une affaire Michelin en a fait de même, ainsi que dans un jugement du 26 septembre 2011 dans une affaire L... (la prévenue cherchait à revendre les fichiers « clients » de son entreprise suite à une rupture conventionnelle de son contrat de travail). Déjà par arrêt du 14 novembre 2000, la Cour de cassation avait admis la constitution du délit d'abus de confiance par suite du détournement d'un compte bancaire (mais l'infraction pouvait se rattacher à un bien matériel, en l'espèce, une autorisation de prélèvement) ;
- Recel de secret de fabrique : par arrêt du 7 novembre 1974 la Cour de cassation a admis la constitution de l'infraction - La chambre criminelle devrait nécessairement être amenée à confirmer cette jurisprudence en ce qui concerne le recel d'abus de confiance relatif à un bien immatériel - De plus, selon une jurisprudence bien établie (cf. par exemple crim. 19 juin 2001 - Bull. n°149 ou crim. 13 novembre 2001 - n°00-83.382), il n'est pas nécessaire pour caractériser le délit de recel que l'auteur de l'infraction principale soit identifié ; il suffit que l'information révélée ait nécessairement une origine frauduleuse (par exemple, la publication d'une information à caractère médical, à l'évidence couverte par le secret du même nom) ;
- Par ailleurs, la Cour de cassation et sa chambre criminelle ont de l'imagination pour faire évoluer leur jurisprudence et l'adapter aux nouvelles technologies, sans qu'il soit besoin de modifier les textes. On peut citer par exemple : le vol qui, alors qu'il suppose l'appropriation d'une chose matérielle, permet de réprimer le « détournement » de fichiers informatiques en considérant qu'il porte sur une partie du disque dur de l'ordinateur, élément matériel. La Cour avait, il y a déjà longtemps, inventé les vols par photocopies en utilisant des articles du code pénal déjà existants (cf. arrêt du 8 janvier 1979 - 77-93.038 - au bulletin). Quand il y a des violences par SMS, le juge applique tout simplement les dispositions de la loi sur les violences téléphoniques (cf. arrêt du 30 septembre 2009 - n°09-80.373)... Et ainsi de suite...

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

L'absence de définition juridique du secret des affaires est un obstacle majeur à la création d'une infraction spécifique. C'est la raison pour laquelle le premier article de la proposition de loi susvisée tente de définir juridiquement le secret des affaires mais la définition retenue paraît difficile à mettre en œuvre et il est quasiment certain que les magistrats continueront d'utiliser les infractions usuelles (lors de la mise en place du code pénal en 1994, on s'est aperçu qu'une centaine d'infractions seulement sont couramment utilisées).

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

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

- « Compromettre gravement » nécessitera inévitablement des débats et des incertitudes quant à la constitution de l'infraction.
- « Les mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci » : le texte paraît vague et s'en remet à un décret dont les termes sont inconnus et en tout état de cause, laissés à la libre appréciation du pouvoir réglementaire.
- Si l'on se réfère au projet de décret rédigé par le Délégué interministériel, la mention « confidentiel entreprise » ne saurait s'accommoder d'une incertitude quant au support (« quel que soit leur support »). Quid des supports dématérialisés dont on observe qu'ils sont de plus en plus répandus et à l'origine des récentes affaires ?
- De plus, un document qui ne serait pas protégé apparaîtrait comme non confidentiel, d'où une tendance à l'inflation des documents protégés ou une absence d'infraction régulièrement constituée...

Enfin, les infractions « classiques » punissent la tentative, ce qui n'est pas le cas dans la proposition de texte, d'où une régression dans la protection des entreprises. Par ailleurs, les peines prévues sont celles de l'abus de confiance, ce qui constituera une incitation supplémentaire à continuer d'utiliser cette infraction.

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

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement dans ses décisions que le principe de légalité des délits et des peines prévu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 impose que le législateur fixe lui-même le champ d'application de la loi pénale et définisse les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Un exemple récent : l'inconstitutionnalité de l'article 222-31-1 du code pénal relatif à la circonstance aggravante d'inceste (Cons. constit., 16 sept. 2011, n° 2011-1 63 QPC). On peut également citer la décision d'inconstitutionnalité des dispositions de la loi dite LOPPSI 2 du 14 mars 2011 notamment en ce qui concerne la création d'une infraction d'exercice illégal de l'activité privée d'intelligence économique (Cons. constit., 10 mars 2011, n° 2011-6 25 DC).

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

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

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

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

- ce secret est régulièrement contesté (cf. la question prioritaire de constitutionnalité dans l'affaire de l'attentat de Karachi) ;
- il bénéficie de procédures lourdes de classification, de déclassification et d'habilitations ;
- il concerne des données qui sont en rapport avec les intérêts fondamentaux de la Nation, ce qui peut être le cas en matière de secret des affaires, mais « peut » seulement ;
- il bénéficie des avis et du contrôle de la Commission consultative du secret de la défense nationale (composée de magistrats des trois ordres de juridictions). Précisément, le secret des affaires ne concerne que des informations propres aux entreprises, nombreuses et disséminées sur l'ensemble du territoire national, sans aucune autorité extérieure susceptible de remplir des fonctions similaires à celles de la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Pour parer aux critiques qui mettent en péril le secret de la défense nationale, l'article 226-15-3 de la proposition de loi prévoit que la nouvelle infraction « *n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, elle n'est pas applicable :*

« 1° À l'autorité judiciaire agissant dans le cadre de poursuites pénales ainsi qu'à toute autorité juridictionnelle ;

« 2° Lorsque le juge ordonne ou autorise la production d'une pièce couverte par le secret des affaires en vue de l'exercice de ses droits par une partie, sauf motif légitime opposé par une partie ;

« 3° À celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions ou des manquements aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance ;

« 4° Aux autorités compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction.

« *Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire* ».

L'autorité judiciaire figure au premier rang de la liste qui est proposée. Cette précaution paraît inutile dans la mesure où l'on ne saurait opposer au juge la communication d'informations de nature privée, sans aucun rapport avec les intérêts fondamentaux de la Nation. Elle ne reprend pas celle qui est évoquée dans l'exposé des motifs selon laquelle « *des exceptions raisonnables à son application* » sont prévues « *en tenant compte des obligations auxquelles les entreprises doivent aujourd'hui déférer les publicités instituées par les lois et les règlements* ». Il y aurait justement grand intérêt à revoir ces obligations, notamment en ce qui concerne celles relatives au dépôt annuel des comptes au greffe du tribunal de commerce, haut lieu de divulgation d'informations relatives aux entreprises unanimement dénoncé par les spécialistes de l'intelligence économique.

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

Il serait par contre nécessaire de développer dans le code pénal la notion de bien immatériel, le texte sur le secret des affaires ayant l'inconvénient d'être limité à cette seule notion : si la rédaction des textes sur l'abus de confiance et le recel a permis à la jurisprudence d'aller dans ce sens, d'autres textes ne le permettent pas. Il en va ainsi du vol, sauf à utiliser des moyens détournés qui rapportent l'immatériel à un support matériel. On notera en effet que le secret des affaires s'inscrit dans un contexte fortement dominé par l'informatique, ce qui renvoie à la lutte contre la cybercriminalité. C'est donc dans ce cadre que devrait s'inscrire la proposition de loi et non dans celui trop étroit qui est le sien. Le rapport sur la protection du secret des affaires a suggéré que l'article 311-3 du code pénal qui prévoit et réprime le vol soit modifié en ce sens.

D'autres mesures seraient tout aussi efficaces que sa pénalisation pour protéger le secret des affaires en matière civile ou pour réformer la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 dite de blocage ainsi que le suggère la proposition de loi ci-dessus évoquée.

II-2 La « protection civile » du secret des affaires

Il est d'autres domaines dans lesquels la protection du secret des affaires s'impose de façon plus urgente qu'en matière pénale. Une procédure civile adaptée s'avère indispensable. Une modification du droit de la responsabilité civile devrait être envisagée.

II-2 A Une procédure civile adaptée

Il s'agit d'introduire une procédure semblable à celle qui a été mise en œuvre par le tribunal de première instance de l'Union européenne à LUXEMBOURG (test HILTI). Cette procédure est détaillée dans la note reproduite en annexe 1.

On retrouve cette procédure en France dans celle qui est applicable devant l'Autorité de la concurrence. Aux termes de l'article L 463-4 du code de commerce, « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles.*

Un décret en Conseil d'Etat⁵ précise les modalités d'application du présent article. »

Il suffirait de transposer les textes dont bénéficie l'Autorité de la concurrence dans le code de procédure civile. Mais les exigences des droits de la défense et du débat contradictoire n'ont pas encore permis de réaliser cette opération pourtant simple, ce qui aboutit à une anomalie, les procédures qui émanent de l'Autorité de la concurrence ne bénéficiant plus de protection lorsqu'elles sont déférées à la Cour d'appel de PARIS !

Par ailleurs, pour plus d'efficacité et pour éviter d'augmenter l'encombrement actuel des juridictions, Il conviendrait de confier le traitement de 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, étant observé que ces observations sont également valables pour la procédure pénale, les huit Juridictions Interrégionales Spécialisées (JIRS) déjà existantes pouvant constituer un support procédural adapté⁶.

II-2 B Un droit de la responsabilité civile amendé

⁵ Décret n°2009-142 du 10 février 2009

⁶ Ces juridictions sont implantées à Paris, Lyon, Marseille, Lille, Rennes, Bordeaux, Nancy et Fort de France.

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

Le code civil, en son article 1382, prévoit en effet 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.

II-2 C Une réforme de la loi n°68-678 du 26 juillet 1968

On ne peut que s'associer à la réforme proposée dans le texte voté en première lecture par l'Assemblée Nationale ainsi expliqué dans l'exposé des motifs :

« Les entreprises françaises sont de plus en plus confrontées à des procédures administratives ou judiciaires à l'étranger. Dans le cadre de ces procédures, ces entreprises sont parfois tenues de communiquer directement des documents confidentiels, parfois stratégiques, aux parties ou autorités qui en font la demande, en dehors de tout cadre de coopération ou d'entraide judiciaire internationale. Cette situation se rencontre notamment dans les procédures dites de discovery aux États-Unis, phase d'investigation ou d'instruction préalable au procès civil ou commercial qui emporte pour l'ensemble des parties obligation de divulguer, à peine de sanction, tous les éléments de preuve pertinents dont elles disposent, quelles que soient leur localisation et leur forme. Cette situation se rencontre également à l'occasion d'enquêtes administratives, parfois informelles, initiées par des autorités étrangères au cours desquelles une coopération approfondie des entreprises françaises est requise. Ces procédures tendent à placer les entreprises dans une situation d'autant plus inconfortable qu'elles les exposent potentiellement au risque d'une autre

sanction : celle instituée par la loi n°68-678 du 26 juillet 1968⁽³⁾, dite loi de blocage, qui interdit, sous réserve de l'application des traités ou accords internationaux, à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ».

Le texte voté est ainsi conçu :

« L'article 1^{er} bis de la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères est ainsi rédigé :

Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, afin de constituer des preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci :

« 1° Des documents ou renseignements de nature économique, commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public ;

« 2° Des documents ou renseignements de nature économique, commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation serait de nature à compromettre gravement les intérêts d'une entreprise, en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, notamment ceux ayant fait l'objet de mesures de protection spécifiques prévues à l'article 325-1 du code pénal. »

On voit bien que le secret peut ne pas protéger une entreprise individuellement, mais plus généralement l'ordre public économique. C'est ainsi que l'article 1bis de la loi du 26 juillet 1968, loi modifiée par une loi du 16 juillet 1980 dispose actuellement que « *est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci* ».

La violation de cette interdiction est sanctionnée de peines correctionnelles. Ce qui préside à l'évidence à ces dispositions, ce n'est pas l'exigence d'un formalisme tatillon à propos d'obtention de preuves. C'est le domaine dans lequel ces preuves sont recherchées qui est important : économique, commercial, industriel, financier ou technique. Cette loi n'est pas de procédure, elle est de protection contre l'espionnage économique.

La Cour de cassation a fait application de ces dispositions à propos des informations qu'un avocat américain a tenté de se procurer en France pour renseigner, en dehors de toute demande de coopération judiciaire, un procureur californien sur certains aspects de l'acquisition litigieuse d'une compagnie d'assurance par une banque française (Crim. 12 décembre 2007, Bull. n°309).

EN CONCLUSION,

Il résulte de cette brève étude que la seule création d'une infraction spécifique de violation du secret des affaires est réductrice et va à l'encontre du but que l'on veut atteindre. Il s'agit d'une œuvre beaucoup plus importante qui consiste à moderniser le droit civil et la procédure qui lui est afférente et à inscrire cette action dans le cadre plus général de la lutte contre la cybercriminalité qui devient un enjeu essentiel de notre droit pénal.

- ANNEXE 1 -

Le secret des affaires dans la jurisprudence des différentes juridictions françaises et européennes

S'ils s'y réfèrent parfois, 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 parfois⁷. 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 code de procédure civile : « *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 ; il est l'un des éléments du motif légitime. Cette position résulte d'un arrêt rendu le 7 janvier 1999⁸ 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

⁷ Le secret des affaires est relativement souvent invoqué par les parties demanderesses devant la Cour de cassation qui elle-même ne s'y réfère expressément que parfois.

⁸ Bulletin 1999, II, n°3, p. 2

affaires⁹. 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 2006¹⁰.

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 1998¹¹ : « *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 1996¹² 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 2000¹³, 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 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 2003¹⁴ : « *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* ».

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

¹⁰ Bulletin 2006, II, n°44, p. 37

¹¹ Non publié

¹² Bulletin 1996, IV, n°214, p. 186

¹³ Non publié

¹⁴ 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

Également, concernant le Conseil de la concurrence, on peut citer une décision du 9 mai 2001¹⁵ : « *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 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 1991¹⁶ 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 1990¹⁷ 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 indispensable¹⁸ à la compréhension du litige. La procédure a été complétée dans une ordonnance du 3 juin 1997¹⁹ 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.

¹⁵ Conseil d'État, 9 mai 2001, n°231320, Société Che f France SA

¹⁶ Hercules Chemicals/Commission (T-7/89, Rec. p. II-1711)

¹⁷ Hilti/Commission, T-30/89, Rec. p. II-163

¹⁸ Le vocabulaire varie selon les décisions.

¹⁹ Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-879

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 du 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.

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.

- ANNEXE 2 -

Texte de la proposition de loi adoptée par l'Assemblée Nationale le 23 janvier 2012

PROPOSITION DE LOI

visant à sanctionner la violation du secret des affaires,

ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE
EN PREMIÈRE LECTURE.

L'Assemblée nationale a adopté la proposition de loi dont la teneur suit :

Article 1^{er}

Le titre II du livre III du code pénal est complété par un chapitre V ainsi rédigé :

« *Chapitre V*

« ***De l'atteinte au secret des affaires des entreprises***

« *Art. 325-1.* – Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.

« Ces mesures de protection spécifiques, prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit, sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« *Art. 325-2.* – Le fait de révéler à une personne non autorisée à en avoir connaissance, sans autorisation de l'entreprise ou de son représentant, une information protégée relevant du secret des affaires de l'entreprise, pour toute personne qui en est dépositaire ou qui a eu connaissance de cette information et des mesures de protection qui l'entourent, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.

« *Art. 325-3.* – L'article 325-2 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

« 1° À l'autorité judiciaire agissant dans le cadre de poursuites pénales ainsi qu'à toute autorité juridictionnelle ;

« 2° Lorsque le juge ordonne ou autorise la production d'une pièce couverte par le secret des affaires en vue de l'exercice de ses droits par une partie, sauf motif légitime opposé par une partie ;

« 3° À celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions ou des manquements aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance ;

« 4° Aux autorités compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction.

« Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire.

« Art. 226-15-4 et 226-15-5. – (Supprimés) »

Article 2

I. – L'article 1^{er} bis de la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères est ainsi rédigé :

« Art. 1^{er} bis. – Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, afin de constituer des preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci :

« 1° Des documents ou renseignements de nature économique, commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public ;

« 2° Des documents ou renseignements de nature économique, commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation serait de nature à compromettre gravement les intérêts d'une entreprise, en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, notamment ceux ayant fait l'objet de mesures de protection spécifiques prévues à l'article 325-1 du code pénal. »

II (*nouveau*). – (*Supprimé*)

Article 3 (*nouveau*)

Au dernier alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les mots : « ou de tout autre secret professionnel » sont remplacés par les mots : « , de tout autre secret professionnel ou du secret des affaires tel que défini à l'article 325-1 du code pénal ».

Délibéré en séance publique, à Paris, le 23 janvier 2012.

Le Président,
Signé : Bernard ACCOYER