

SECRET DES AFFAIRES ET PROCÉDURES STRATÉGIQUES

Guide Pratique

Année universitaire 2018 - 2019

Juliette LEROUX

Julie LALLOUE

Diana CRISTANCHO

SECRET DES AFFAIRES ET PROCÉDURES STRATÉGIQUES

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent projet ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Guide réalisé dans le cadre de la clinique juridique EUCLID de
l'Université Paris Nanterre, Master 2 Droits de l'Homme 2018-2019.

Sous la direction de :

Madame Juliette Tricot, Maîtresse de conférences en Droit privé et
sciences criminelles à l'Université Paris Nanterre

Sommaire

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

LA PROTECTION DU SECRET D’AFFAIRES : LES RISQUES DE PROCEDURES STRATEGIQUES

1. Les risques antérieurs à la directive sur la protection du secret des affaires
2. Les risques confirmés par la transposition de la directive sur la protection du secret des affaires

DEUXIEME PARTIE

LA PROTECTION DU SECRET D’AFFAIRES : LES RESSOURCES CONTRE LES PROCEDURES STRATEGIQUES

1. Les ressources issues de la loi et de la directive relatives à la protection du secret des affaires
2. Les ressources hors de la loi et de la directive relatives à la protection du secret des affaires

POUR ALLER PLUS LOIN

Introduction

Présentation de la notion de procédure stratégique

Le concept de « procédure-bâillon » est apparu dans les années 1970 à la suite du constat réalisé par deux professeurs américains, George W. Pring et Penelope Canan que certaines poursuites judiciaires sont intentées « contre des organisations non-gouvernementales ou des individus en raison de leur militantisme sur des questions d'intérêt général, et ce en vue de "privatiser" le débat public ». ¹ Elles sont connues sous l'acronyme anglo-saxon SLAPP (*strategic lawsuit against public participation*), qui peut être traduit par « poursuites stratégiques altérant le débat public ». ²

Elles ont pu être considérées comme « **la réponse contemporaine de l'entreprise privée aux nouvelles pratiques citoyennes** et aux mouvements sociaux mobilisés depuis les années 70, notamment dans le domaine environnemental » ³ voire une stratégie répressive des entreprises privées, des institutions publiques et même de l'Etat comme « bâillon de la contestation sociale ». ⁴ Le Québec a adopté une des premières législations « anti-SLAPP » élaborée pour prévenir le

recours aux procédures-bâillons, par une loi qui dispose dans son préambule qu'il est important de « prévenir l'utilisation abusive des tribunaux, notamment pour empêcher qu'ils ne soient utilisés pour limiter le droit des citoyens de participer à des débats publics, et afin de favoriser l'accès à la justice pour tous les citoyens et de veiller à favoriser un meilleur équilibre dans les forces économiques des parties à une action en justice » ⁵. Ce type de procédure peut être intenté contre des journalistes, des ONG, des chercheurs, ou des lanceurs d'alerte.

Ces poursuites abusives sont des armes de censure à l'encontre de la société civile. C'est une pratique « *consistant généralement à poursuivre la personne visée au pénal, la plupart du temps pour diffamation, ou à lui réclamer au civil, notamment en se basant sur le droit de la concurrence, des dommages et intérêts très importants* » ⁶. Il importe peu au demandeur que la procédure aboutisse, « *le but ultime est d'infliger, à des fins dissuasives, à la personne visée une*

¹ George W. Pring & Penelope Canan, "Strategic Lawsuits Against Public Participation ("SLAPPs"): An Introduction for Bench, Bar and Bystanders", 12 Bridgeport L. Rev. 937, 1992, p. 946 et 947.

² Rapport de recherche réalisé par Sandrine Fontaine, Simon Savry-Cattan et Cécile Villette dans le cadre de la Clinique de l'École de Droit de Sciences Po, Poursuites stratégiques altérant le débat public, p.7.

³ Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP), Rapport du comité au ministre de la Justice, Montréal, 15 mars 2007, p. 2, disponible en ligne ; Thomas

DESPIERRES, « Typologie des procédures-bâillons », Le débat d'intérêt général contre les procédures-bâillons, CRID, 2017, p.3.

⁴ *Idem*.

⁵ Préambule de la loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, issu du projet de loi n°9, 2009, chapitre 12, adopté le 3 juin 2009.

⁶ Fabrice Rakotoarison (T.), Loi sur la protection du secret des affaires, la fin de la liberté d'expression n'aura pas lieu, AJ Contrat 2018, p. 408.

procédure suffisamment importante, voir éreintante pour elle »⁷.

Ces procédures correspondent donc à des stratégies d'intimidation judiciaire.

Définition

Les procédures stratégiques peuvent être définies comme des « **pratiques** [qui] visent essentiellement à **forcer [des] individus à limiter leur activité publique**, ou encore, à **censurer leurs déclarations en les impliquant dans des procédures juridiques coûteuses** dont ils ne peuvent généralement pas assurer les frais. Il s'agit ainsi d'une forme **d'intimidation judiciaire** » (*définition issue du rapport Macdonald - Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites bâillons (SLAPP), Montréal, 2007*)

Dans le droit français, il n'existait aucune disposition de type « anti-SLAPP » jusqu'à l'introduction de l'article L.152-8 au Code de commerce par la loi sur la protection du secret des affaires en date du 30 juillet 2018⁸ qui a transposé la directive en date du 8 juin 2016⁹. En effet, cet article prévoit des « sanctions en cas de procédure dilatoire ou abusive » sur le fondement de la protection des secrets des affaires. Or,

cette nouvelle loi a également introduit des dispositions inquiétantes qui peuvent à l'inverse être instrumentalisées comme de potentiels « bâillons » par les entreprises qui cherchent à dissimuler leurs pratiques controversées. Si cette directive vient créer une protection spécifique et directe pour les « secrets d'affaires », les informations recouvertes par cette expression avaient déjà fait l'objet de tentatives de protection.

Contexte européen et tentatives d'introduction d'une protection du secret des affaires

L'Union européenne a souhaité introduire un régime commun de protection du secret des affaires pour la « *protection de l'innovation contre les pratiques malhonnêtes visant à obtenir des informations confidentielles dans le but de profiter de solutions innovantes sans supporter les coûts de recherche ou*

d'ingénierie correspondants »¹⁰. L'harmonisation des législations nationales permettrait d'« *apporter aux opérateurs économiques la sécurité juridique nécessaire à leur croissance et au développement de leurs activités* » en définissant de manière plus précise « *la nature des informations protégées, les*

⁷ *Idem.*

⁸ LOI n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires

⁹ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non

divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite

¹⁰ Commission européenne, La Commission propose des règles pour la protection du secret d'affaires, 23 novembre 2013 – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1176_fr.htm?locale=fr.

conditions dans lesquelles un secret peut être légitimement obtenu, les comportements illicites d'obtention, d'utilisation ou de divulgation de tels secrets, les cas dans lesquels la protection n'est pas opposable, et enfin les mesures susceptibles d'être prises par le juge civil pour empêcher, faire cesser ou réparer une atteinte à un secret d'affaires »¹¹. L'étendue de la protection était variable selon les pays : certains d'entre eux ne disposaient que d'une protection considérée comme limitée par la

Commission. C'est le cas de la France. D'autres Etats comme la Suède disposaient d'une protection considérée comme efficace et adaptée¹². C'est le droit commun de la responsabilité civile qui s'appliquait dans la plupart des cas. C'était le cas en France, au Royaume-Uni, en Irlande, au Pays Bas. L'Autriche, la Hongrie, la Lettonie utilisaient la concurrence déloyale pour protéger le secret des affaires, quand le Portugal et l'Italie l'abordaient dans leur code de la propriété intellectuelle.

En bref

Selon les pays, la protection des secrets des affaires pouvait relever de la concurrence déloyale, du code de la propriété intellectuelle ou encore de la responsabilité civile comme en France. (*Commission des affaires européennes du Sénat, rapport d'information n°406, p.9*)

A présent, la France a donc transposé la directive (UE) 2016/943 et dispose ainsi d'un régime de protection uniforme et d'une définition des secrets d'affaires.

Cependant, la transposition de cette directive a fait l'objet de certaines controverses entre les parlementaires français.

Controverse autour de l'écriture de la directive - des pressions exercées par les entreprises et les lobbies

En effet, le poids des entreprises et des lobbies a par exemple été souligné à plusieurs reprises lors des débats précédant l'adoption de la loi. Certains parlementaires pointaient du doigt la « coécriture » de cette directive par « les

lobbys et la Commission européenne »¹³. C'est la critique également émise par l'ONG Corporate Europe Observatory¹⁴. Elle évoque des pressions issues de diverses multinationales (Alstom, CEFIC, DuPont de Nemours, Michelin, Nestlé, etc.), industries

¹¹ Commission des affaires européennes du Sénat, rapport d'information n°406, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 avril 2018, p.7.

¹² Commission des affaires européennes du Sénat, rapport d'information n°406, *Op. cit.*, p.9.

¹³ AN, Rapport n°777, p. 18.

¹⁴ Corporate Europe, Les affaires au Secret, 30 juin 2015, <https://corporateeurope.org/power-lobbies/2015/01/les-affaires-au-secret>

pharmaceutique, pesticides, agro-alimentaires et avocats d'affaires intéressés par la « création d'outil

supplémentaires dans la palette de services qu'ils peuvent proposer à leurs clients »¹⁵.

Controverse autour du processus de transposition

Ces doutes relatifs au déséquilibre des intérêts ayant pesé sur l'adoption du texte européen ont été accentués par l'absence de débats ayant précédé l'adoption du texte français. M. Stéphane Peu a dénoncé le fait que la directive soit transposée par le biais d'une proposition de loi, et non d'un projet de loi, ce qui permet de passer outre l'étude d'impact et permet une procédure accélérée qui ne laisse « guère de place au débat »¹⁶. C'est également ce qu'a dénoncé M. Philippe Latombe (du groupe du Mouvement Démocrate)¹⁷. L'absence de débat est démentie par M. Raphaël Gauvin qui estime que les différents textes déposés sur ce thème depuis 2010 ont permis au débat d'avoir lieu¹⁸ et qu'un large consensus s'est fait autour de la nécessité de définir le secret des affaires¹⁹. Les tentatives de réforme antérieures n'ayant pas abouti, il semble pourtant peu pertinent de considérer les débats auxquels ces tentatives ont donné lieu comme suffisants pour considérer qu'ils ne soient pas utiles pour cette nouvelle réforme. L'Assemblée nationale avait adopté en première lecture une proposition de loi de M. Bernard Carayon

en janvier 2012. Ce dernier avait également proposé deux textes de même objet en mai 2004 et en juin 2009²⁰.

C'est finalement pour se conformer à l'obligation de transposition de la directive UE 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites qu'a été adoptée la loi n°2018-670 relative à la protection du secret des affaires en droit français. Elle a introduit dans le code de commerce le Titre V intitulé « de la protection du secret des affaires ». Ce guide a pour objectif de faciliter la lecture de la directive et de la loi sur la protection du secret des affaires afin, dans un premier temps, d'identifier les bâillons éventuels pouvant être utilisés à l'encontre de Greenpeace ou de tout individu, ONG ou groupe qui pourrait faire l'objet d'une procédure abusive et, dans un second temps, de relever les leviers pouvant servir d'outil pour contester ces bâillons. Les procédures-bâillons seront désignées par l'expression juridique « procédure stratégique » dans ce guide.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ AN, rapport n°777, p. 20.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ AN, Rapport n°777, p. 22.

¹⁹ AN, Rapport n°777, p. 22.

²⁰ Assemblée nationale, Proposition de loi n°1611 relative à la protection des informations

économiques, présentée par M. Bernard Carayon ; Assemblée nationale, Proposition de loi n°1754 relative à la protection des informations économiques, présentée par M. Bernard Carayon ; Assemblée nationale, Proposition de loi n°3103 relative à la protection des informations économiques, présentée par M. Bernard Carayon.

PREMIERE PARTIE

La protection du secret d'affaires : les risques de procédures stratégiques

1. Les risques antérieurs à la directive sur la protection du secret des affaires

Afin d'identifier les potentiels bâillons présents dans la directive et la loi relatives à la protection du secret des affaires, il convient d'analyser le régime antérieur à ces législations et ce qui a conduit à leur élaboration.

1.1. Le droit de l'Union européenne

Les textes

ACCORD SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU
COMMERCE

ANNEXE 1C - SECTION 7 : PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS NON DIVULGUES

Article 39

1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les **renseignements non divulgués** conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes¹⁰, sous réserve que ces renseignements :

a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;

b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et

c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

La définition de secret des affaires de la directive s'inspire de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui constitue une annexe du traité de Marrakech²¹. L'ADPIC définit un secret d'affaire comme une information connue par un nombre restreint de personnes, ayant une valeur commerciale en raison de son caractère secret et qui fait l'objet de mesures particulières de protection

Cet accord a délimité une catégorie d'informations échappant au principe de la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux. Les secrets des affaires sont ici visés, sous les termes de

« renseignements économiques non divulgués ». L'ADPIC prévoit dans son article 39, alinéa 2 trois conditions cumulatives qui conditionnent la protection des informations confidentielles et qui ont inspiré les critères de la directive²².

Si la définition du secret des affaires de la directive s'inspire donc directement de l'ADPIC, l'Union Européenne avait, avant l'adoption de la directive, également développé une jurisprudence sur le secret des affaires dans le cadre du droit des marchés publics et des procédures en droit de la concurrence²³.

L'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne

En effet, dans un arrêt en date du 24 juin 1986, la CJCE a précisé que « les autorités communautaires se devaient de protéger les secrets d'affaires des entreprises »²⁴, notamment en droit de la concurrence.

Une définition de ces secrets d'affaires a également été donnée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) dans une décision "Postbank" du 18 septembre 1996 qui décrit les secrets d'affaires comme « des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la

transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci »²⁵. La décision de la même instance, Hynix Semiconductor, du 22 février 2005 vient ensuite préciser cette définition en déclarant que sont considérées comme secrètes les informations « chiffrées ou techniques ».

Ces informations sont relatives notamment à « la position commerciale et à la position concurrentielle de la partie demanderesse

²¹ Traité de Marrakech, signé le 15 avril 1994, instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

²² Assemblée nationale n°777, rapport sur la proposition de loi n° 675, par Mr. Raphaël GAUVAIN, 21 mars 2018, I) Le droit existant, A) La définition du secret des affaires en droit international.

²³ Notamment sur le fondement du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002.

²⁴ CJCE, 5^e ch., 3 juillet 1991, aff. C-62/86 ; AKZO Chemie BV c. Commission des Communautés européennes.

²⁵ TPICE, 18 septembre 1996 Postbank/Commission, Rec. CJCE 1996, II, p. 921

ou du tiers qu'elles concernent »²⁶ et « dans la mesure où de telles informations

sont spécifiques, précises et récentes, elles sont par nature des secrets d'affaires »²⁷

L'intervention de la Commission

La Commission avait déjà introduit les prémices de la définition actuelle des « secrets d'affaires » dans une communication en 2003, en déclarant que le secret des affaires couvre « *les informations ayant trait à une entreprise* »²⁸, « *possédant une valeur économique réelle, ou potentielle* »²⁹ et « *dont la divulgation ou l'utilisation pourrait présenter une valeur économique pour d'autres entreprises* »³⁰. Ce dernier point démontre, pour certains, tout l'intérêt de conserver le caractère secret de ces informations. La Commission avait notamment établi un faisceau d'indices pour caractériser un secret d'affaires

comprenant « le degré de publicité des informations en dehors de l'entreprise »³¹, « l'existence ou non de dispositifs de protection au sein de l'entreprise (clauses de non-concurrence...) », « la valeur des informations pour l'entreprise et ses concurrents ». Il pouvait également comporter « les efforts ou investissements consentis » par l'entreprise pour obtenir les informations ainsi que « ceux que les autres entreprises devraient déployer pour obtenir ou copier ces informations » ou encore le degré de protection accordé à ces informations par la législation des États membres de l'Union Européenne³².

En bref

Plusieurs textes ont influencé l'écriture de la directive sur la protection du secret des affaires et notamment de la définition d'un secret d'affaires. La jurisprudence de la CJCE avait déjà donné une définition d'un secret des affaires en délimitant plusieurs conditions, notamment dans un arrêt Postbank en 1996 et Hynix Semiconductor en 2005. La définition posée par l'ADPIC en 1994 a également directement influencé la directive et notamment les trois critères nécessaires pour qu'une information soit considérée comme un secret d'affaires, à savoir le caractère secret, la valeur commerciale et l'existence de dispositions raisonnables destinées à protéger le secret. La Commission européenne avait également établi un faisceau d'indices dans une communication en 2003.

²⁶ TPICE (ord.), prés. 4ème ch., 22 février 2005, Hynix Semiconductor c/ Conseil, aff. T-383/03.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Commission européenne, communication du 1er décembre 2003 sur le secret professionnel dans les décisions en matière d'aides d'État (aff. C-297/6).

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*.

³¹ Commission européenne, communication du 1er décembre 2003 sur le secret professionnel dans les décisions en matière d'aides d'État (aff. C-297/6).

³² Denys de BÉCHILLON, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Point 215.

1.2. Le droit français

Il existait avant l'adoption de la loi relative à la protection du secret des affaires différents types de secrets juridiquement protégés dont certains sont à présent regroupés sous la notion de « secret d'affaires ». En effet, préalablement à cette

loi de 2018, la notion de secret d'affaires n'était pas clairement définie, c'était une notion protéiforme. Parmi les lois, règlements et différents codes constituant le droit français, il peut être relevé 151 références au secret des affaires³³

1.2.1. Les différents types de secrets juridiquement protégés

Il convient de distinguer les informations qui doivent rester accessibles à tous, conformément au respect de l'intérêt général - principe créateur des obligations légales de transparence - et les informations inaccessibles qui sont protégées contre la divulgation. **Il existe plusieurs types de secrets juridiquement protégés.** La loi sur le secret des affaires a

eu pour effet d'harmoniser la protection des différents types de secrets protégés par la loi et de donner une définition regroupant diverses formes de secrets sous la notion de secret d'affaires. Avant cela, **on distinguait, entre autres, le secret de fabrication, le secret industriel et commercial, le secret défense et le secret des affaires**

1.2.1.1. Le secret de fabrication

Le secret de fabrication, considéré à présent comme un « secret d'affaires » était un secret juridiquement protégé depuis le code napoléonien de 1804. En effet, la divulgation d'un secret de fabrication par un employé était sanctionnée par l'article 148 de l'ancien Code pénal, puis du Code du travail par l'article L.152-7 du Code du travail et enfin

par l'article L.1227-1 du même code³⁴. La Cour de cassation a donné une définition du **secret de fabrication** qui fut longtemps reprise, il s'agit de « **tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial mis en usage par un industriel et tenu par lui caché à ses concurrents qui ne le connaissent pas** »³⁵.

1.2.1.2. Le secret industriel et commercial

Souvent considéré comme l'ancien terme désignant le secret d'affaires, sa reconnaissance en droit français se fit à partir de 1978 en droit administratif³⁶. **Le secret industriel et commercial vise à protéger les biens tangibles et intangibles**

contre l'usurpation ou la publication. Les propriétaires de ces biens tels que des commerçants, créateurs, distributeurs ou investisseurs se réservent la maîtrise et décident de ne pas les révéler ou les divulguer. Ainsi, « la teneur, l'effectivité et

³³ Thibaud d'ALES et Olivia SICSIC, Fasc. 24 - Actualité : « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, » Jurisclasseur commercial, 13 septembre 2018.

³⁴ Thibaud d'ALES et Olivia SICSIC, Fasc. 24 - Actualité : « Secret des affaires : un nouvel arsenal

législatif pour une protection renforcée, » Jurisclasseur commercial, 13 septembre 2018.

³⁵ Cass. Crim., 30 déc. 1931 : Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, Secret commercial, Dalloz, §2).

³⁶ Article 6 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978.

la portée du secret industriel et commercial procèdent de la volonté des opérateurs économiques, de l'intérêt de l'entreprise et du pouvoir des dirigeants de ne pas dévoiler - au public en général ou à des tiers dans des relations d'affaires - des éléments de toute nature, physique tels des locaux et sites d'exploitation, installations et appareils, stocks, équipements et aménagements, et incorporelle qu'il s'agisse de procédés techniques, informations financières et méthodes commerciales, listes de prospects, contrats et comptes rendus, données ou projections chiffrées »³⁷. Les informations protégées par le secret industriel peuvent être notamment des données relatives aux techniques de production, des caractéristiques de matériels, des informations financières, d'études sur le marché d'un produit spécifique, des stratégies commerciales³⁸. Il peut s'agir également de biens incorporels tels que des informations et des connaissances, des fichiers numérisés, des savoir-faire et des résultats non appropriés – c'est-à-dire non constitués en biens intellectuels par un titre de propriété industrielle ou un droit d'auteur acquis sans formalité, la possession, dans sa double composante *corpus* - maîtrise concrète - et *animus domini* - volonté d'appropriation, est caractéristique du secret industriel ou commercial³⁹. Or, « dans le secteur de la libre entreprise, de

la concurrence et des activités privées, le secret en matière industriel ou commercial empêche ou contrarie l'accès à des informations, des données et des lieux »⁴⁰. Le secret est ici de « nature à limiter la portée des obligations légales d'information, de concertation et de participation du public au processus de prise des décisions ayant un impact sur la santé et l'environnement »⁴¹. C'est pourquoi « **les entreprises ne peuvent opposer des secrets à l'administration et/ou au public que dans et sous certaines conditions** »⁴².

En matière environnementale, notamment dans la filière nucléaire, les tribunaux cherchent à équilibrer les intérêts en présence, aménageant ainsi le clivage entre « besoin de protection des entités et activités civiles » et « droit du public à l'information dans le cadre des lois et institutions de transparence »⁴³. Sur ce point, le code de l'environnement prévoit le principe de participation « selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire »⁴⁴. Il consacre également le droit d'accès à l'information⁴⁵, qui prévoit que « [l]e droit

³⁷ Thibaud d'ALES et Olivia SICSIC, Fasc. 24 - Actualité : « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, » Jurisclasseur commercial, 13 septembre 2018, p.5.

³⁸ BARRE-PEPIN (M)., « Secret industriel et commercial - secret d'entreprise et des affaires et secret de la Défense », HAL archives-ouvertes.fr, 8 février 2018, p. 3.

³⁹ BARRE-PEPIN (M)., « Secret industriel et commercial - secret d'entreprise et des affaires et

secret de la Défense », HAL archives-ouvertes.fr, 8 février 2018, p. 5.

⁴⁰ Ibid, p.1.

⁴¹ Ibid, p. 1

⁴² Ibid, p.1.

⁴³ Ibid, p.1.

⁴⁴ Code de l'environnement - Article L110-1 : (...) -II. (...) 4°

⁴⁵ Code de l'environnement - Article L124-1

de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues, reçues ou établies par les autorités publiques mentionnées à l'article L. 124-3 ou pour leur compte. » Ce droit « s'exerce dans les conditions définies par les dispositions du titre Ier 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, sous réserve des dispositions du présent chapitre.

En bref

En résumé, le secret industriel et commercial recouvre « le secret des procédés », le « secret des informations économiques et financières » et « le secret des stratégies commerciales ».

1.2.2. L'apparition des termes « secret d'affaires »

1.2.2.1 Les premières utilisations de l'expression « secret d'affaires »

L'expression « secret d'affaires » apparaît pour la première fois en droit de la concurrence en 1986⁴⁶. Des dispositions protectrices sont alors instaurées, comme la possibilité du président du Conseil de la concurrence de « refuser la communication à certaines parties de pièces mettant en jeu le secret des affaires. »⁴⁷ En 2009, deux décrets introduisent « la publicité des décisions prises par l'Autorité de la concurrence » et précisent que les publications « devraient se faire dans le respect du secret des affaires et des parties impliquées ».⁴⁸

L'expression « secret d'affaires » provient également de plusieurs textes, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne⁴⁹, le Code de commerce⁵⁰, le Code monétaire et financier⁵¹ ou encore le Code des postes et télécommunications.⁵² Or, en réalité, dans le droit français, avant l'adoption de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, la notion de « secret d'affaires » n'avait pas d'« existence juridique stabilisée et de définition uniforme »⁵³. La protection effective de secrets des affaires relevait de l'application jurisprudentielle des règles de droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, les entreprises pouvaient demander réparation de leurs préjudices résultant de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'informations relevant du secret des

⁴⁶ Ordonnance n°86-1243, 1^{er} décembre 1986.

⁴⁷ Thibaud d'ALES et Olivia SICSIC, Fasc. 24 - Actualité : « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, » Jurisclasseur commercial, 13 septembre 2018.

⁴⁸ Décret N°2009-186, 17 février 2009, art. 1 ; Décret n°2009-185, 17 février 2009 art.1.

⁴⁹ Voir Article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

⁵⁰ Voir Article L.430-10 du Code de commerce.

⁵¹ Voir Article L. 612-24 du Code monétaire et financier.

⁵² Voir Article L. 5-6 du Code des postes et télécommunication.

⁵³ Assemblée nationale n°2139, Exposé des motifs de la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, p.5.

affaires dans le cadre **de la responsabilité délictuelle, en application des articles 1240 et 1241** du Code civil. Elles pouvaient également s'appuyer sur le cadre **de la responsabilité contractuelle, en application de l'article 1231-1 du Code civil**. C'était le cas lorsque l'atteinte à un secret des affaires intervenait en violation d'une clause de confidentialité, d'une clause de non-concurrence ou d'un devoir plus général de loyauté.⁵⁴ En outre, **il était également possible de sanctionner une atteinte au secret des affaires au**

stade précontractuel par l'article 1112-1 du code civil disposant que « celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». ⁵⁵ Les prémices des « modalités de gestion de la confidentialité dans le monde de l'entreprise »⁵⁶ apparaissent donc dans divers domaines y compris dans le droit du travail et le droit de la propriété intellectuelle⁵⁷

1.2.2.2 Les tentatives d'introduction d'une définition du secret des affaires dans le droit interne

Plusieurs tentatives ont été intentées avant la loi de 2018 afin d'introduire dans le droit interne une définition du secret des affaires et une protection spécifique, dont cinq infructueuses en 2004, 2009, 2012, 2014 et 2015. Il convient de noter qu'en janvier 2012 notamment, l'Assemblée nationale avait adopté une proposition de loi créant une infraction pénale pour sanctionner la violation du secret des affaires qui ne fut jamais inscrite à l'ordre du jour du Sénat. Plus modestement, en janvier 2015, la commission spéciale en charge de l'examen du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des

chances économiques avait voté un amendement visant à créer "la notion juridique de secret des affaires" mais celui-ci fut supprimé en séance.⁵⁸ Il peut donc être considéré que la notion de secret des affaires n'a pas fait l'objet d'une réelle définition avant la loi de 2018. Cela peut notamment s'expliquer par la difficulté d'arbitrer entre l'intérêt des entreprises qui voient cette définition comme une nécessité pour protéger les informations qu'elles souhaitent garder confidentielles et l'inquiétude au regard de la liberté d'information et de communication.

⁵⁴ Assemblée nationale n°777, *Op. cit.*, I) Le droit existant, B) La qualification de ce secret en droit français.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Notamment à l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle reprenant l'article L. 1227-1 du code du travail :

« Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est

puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

« La juridiction 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. »

⁵⁸ *Idem.*

1.2.3. Les informations recouvertes sous la notion de secret commercial et industriel

Il convient de se demander quelles informations pouvaient alors être considérées comme des secrets d'affaires. Le « secret des affaires » vient se rapprocher, voire remplacer ce qui était auparavant entendu comme le « secret en matière commerciale et industrielle »⁵⁹. En 2007, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), avait élaboré une typologie des informations couvertes par « le secret en matière commerciale et industrielle » en distinguant trois catégories⁶⁰. **En premier lieu, sont concernées les informations relatives aux secrets des « procédés utilisés par une entreprise ou un organisme »**⁶¹ c'est-à-dire les informations révélant le savoir-

faire d'une entreprise, les techniques de fabrication et de recherche utilisées, les informations qui donnent lieu à des brevets.

En second lieu, sont couvertes les informations « qui se rapportent à la situation économique de l'entreprise, à sa santé financière ou à son crédit, en particulier l'ensemble des données relatives au chiffre d'affaires ou au niveau d'activité »⁶². En dernier lieu, les informations qui ont trait « à la stratégie commerciale d'une entreprise, et en particulier à sa politique tarifaire »⁶³ peuvent également être recouvertes par le secret

En bref

Préalablement à la loi transposant la directive sur la protection des secrets des affaires, ceux-ci ne faisaient pas l'objet d'une protection spécifique ni même d'une définition propre. Il existait cependant diverses formes de secrets qui sont à présent regroupées sous le terme « secret d'affaires », notamment le *secret de fabrication* et le *secret industriel et commercial*.

La protection des secrets d'affaires relevait alors de l'application de règles de droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, la divulgation d'informations relevant du secret des affaires était sanctionnée dans le cadre de la responsabilité délictuelle, contractuelle ou précontractuelle dans certains cas. Le droit administratif sanctionnait également l'atteinte à certaines informations considérées alors comme relevant du secret commercial et industriel.

⁵⁹ L'article 4 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires a modifié l'article 44 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics pour laquelle les mots : « en matière industrielle et

commerciale » sont remplacés par les mots : « des affaires ».

⁶⁰ CADA, Avis N°20071444 du 3 mai 2007.

⁶¹ Idem.

⁶² CADA, Avis N°20071444 du 3 mai 2007.

⁶³ Idem.

2. Des risques confirmés par la transposition de la directive sur le secret des affaires

Le droit français transpose la directive européenne du 8 juin 2016 *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*⁶⁴ par une loi en date du 30 juillet 2018⁶⁵.

La directive du 8 juin 2016 définit le terme « secret d'affaires » dans son article 2. Il apparaît qu'une information est considérée comme un secret d'affaire

lorsqu'elle répond à plusieurs critères cumulatifs. La loi française sur la protection des secrets d'affaires ajoute un nouvel article L. 151-1 au Code de commerce qui définit la notion de secret des affaires en reprenant les trois critères prévus par l'article 2 de la directive. La loi transpose de manière très fidèle la directive en modifiant cependant quelques formulations.

2.1. Les critères de définition d'un secret d'affaire

Sont considérées comme des « secret d'affaires » des informations et savoir-faire répondant à plusieurs critères cumulatifs :

elles doivent être secrètes, à valeur commerciale, et suffisamment protégées.

⁶⁴ Directive (UE) 2016/943, *Op. cit.*

⁶⁵ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

2.1.1. La notion de secret

Les textes

Droit de l'Union européenne

Directive UE 2016/943

Article 2 – Définitions

1)a) La notion de « secret »

Aux fins de la présente directive, on entend par :

1) « secret d'affaires », des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles.

Les textes

Droit commercial

Article L.151-1 du Code de commerce

Créé par la Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 – art.1

Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;

En premier lieu, **ces informations doivent donc être secrètes « en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations** en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles »⁶⁶. Cette précision quant à l'étendue du secret permet d'éviter qu'une information perde son caractère secret par la seule connaissance de ce secret par une personne tierce, « dès lors que (ce secret) reste difficilement accessible ».⁶⁷ En outre, « les personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement (de ce) genre d'informations » correspondent « aux professionnels du métier concerné ». ⁶⁸ Certains auteurs considèrent que l'emploi de ces derniers termes ou de « professionnels du secteur concerné » auraient été plus adapté en référence à la définition d'« homme du métier » de l'Office européen des brevets.⁶⁹ Par ailleurs, il peut être considéré qu'il suffit que l'information protégée ne soit pas « facilement accessible aux professionnels concurrents, [...] peu importe qu'un

renseignement soit ignoré du grand public »⁷⁰ pour que l'information soit secrète. En somme, « dès lors qu'il est connu des initiés, (le secret) ne saurait être considéré comme confidentiel »⁷¹.

La loi reprend ce critère, en modifiant certains termes de la directive. La loi remplace ainsi les « personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question »⁷² « par les « personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité »⁷³. D'un point de vue terminologique, le terme « familières » remplaçant « qui s'occupent » pourrait laisser penser que la loi élargit l'étendue des personnes susceptibles de connaître un secret d'affaires et donc assouplit les conditions auxquelles doit répondre un secret d'affaire. Il peut ainsi être considéré que ce terme est trop « vague, complexe et risque de susciter une insécurité juridique, source de contentieux »⁷⁴, bien que cette critique puisse être également faite à l'encontre des termes « personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question » ⁷⁵ de la

⁶⁶ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Article 2, 1) a).

⁶⁷ Rapport de la CCI, Jérôme FRANTZ, La protection des secrets d'affaires dans l'Union Européenne, 11 septembre 2014, p.19.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ OEB, L'homme du métier « s'entend d'un praticien qui dispose de connaissances et d'aptitudes moyennes et qui possède les connaissances générales dans le domaine concerné à une date donnée (homme du métier de compétence moyenne). Il est également censé avoir eu accès à

tous les éléments de l'état de la technique, notamment les documents cités dans le rapport de recherche, et avoir eu à sa disposition les moyens et la capacité dont on dispose normalement pour procéder à des travaux et expériences courants » (Directives G-VII, 3 – version de juin 2012).

⁷⁰ J-M. GARINOT, « L'Union européenne au secours du secret d'affaires », Dr et patrimoine 2014 p. 232.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Directive (UE) 2016/943, *Op. cit.*, Article 2, 1), a).

⁷³ Article L. 151-1, alinéa 1 du Code de commerce.

⁷⁴ Rapport de la CCI, Jérôme FRANTZ, La protection des secrets d'affaires dans l'Union Européenne, 11 septembre 2014, p.19

⁷⁵ *Idem*.

directive.

2.1.2. La valeur commerciale du secret

Directive UE 2016/943

Article 2 – Définitions

1)b) La valeur commerciale du secret

Aux fins de la présente directive, on entend par :

- 1) « secret d'affaires », des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes.

Ces informations doivent également avoir « une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ». ⁷⁶ En effet, leur caractère secret doit conférer un avantage concurrentiel à leurs détenteurs.

Cependant, l'exigence du caractère commercial pour qu'une information soit protégée peut-être critiquée au regard des informations « non immédiatement exploitables sur le plan économique mais pourtant d'une valeur stratégique indiscutable » qui seraient par conséquent directement exclues de cette protection. ⁷⁷ En outre, d'aucuns suggèrent de se calquer sur le modèle américain en remplaçant l'exigence de valeur « commerciale » par celle de valeur « économique » ⁷⁸. En effet, d'aucuns considèrent que les informations

couvertes par le secret d'affaires ne devraient pas être réduites à celles relevant seulement de l'exercice d'une activité commerciale, mais devraient relever également d'autres types d'activités - industrielles, artisanales ou libérales.

Une information protégée par le secret des affaires doit donc nécessairement être secrète et tirer une certaine valeur commerciale de son caractère secret. Elle est présentée comme un « facteur déterminant de la compétitivité d'une entreprise ». ⁷⁹ Les entreprises revendiquent la valeur de ces informations qui résulteraient « d'années de travail, d'investissement et d'intelligence collective. » ⁸⁰ Ces « secrets d'affaires »

⁷⁶ Directive (UE) 2016/943, *Op. cit.*, Article 2, 1) b).

⁷⁷ Rapport de la CCI, Jérôme FRANTZ, *La protection des secrets d'affaires dans l'Union Européenne*, 11 septembre 2014, p.19.

⁷⁸ « Economic value » - Economic Espionage Act §1839(3)(B) US Code ; Uniform Trade Secrets Act, Section 1(4)(i).

⁷⁹ Considérant 1, Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur

la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

⁸⁰ Ales Thibaud, Fasc. 24 - Actualité : Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, *Jurisclasseur commercial*, 13 Septembre 2018, considérant 6.

constituent d'après elles les « actifs immatériels » au sein du patrimoine des entreprises,⁸¹ ils permettraient à ces dernières « de se démarquer par rapport à leurs concurrents qui, par définition, ne

disposent pas des mêmes actifs »⁸². La loi reprend également le critère de la valeur commerciale, en ajoutant les termes « effective ou potentielle »⁸³ pour qualifier le caractère commercial de la valeur.

Article L.151-1 du Code de commerce
Créé par la Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 – art.1

Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

1° [...]

2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère

Il peut être considéré que cet ajout élargit le type d'informations que l'on pourrait entendre comme ayant une valeur commerciale car dans la directive il n'est pas précisé que cette valeur commerciale pouvait simplement être potentielle. Il convient de se demander quelles informations peuvent être considérées comme revêtant une valeur commerciale au sens de l'article L. 151-1 du Code de commerce. Les parlementaires français semblent s'accorder sur l'idée qu'une

information possède une valeur commerciale "lorsqu'elle constitue, pour son détenteur, un élément de son potentiel scientifique et technique, de ses intérêts économiques ou financiers, de ses positions stratégiques ou de sa capacité concurrentielle"⁸⁴, ce qui correspond aux catégories distinguées par la CADA⁸⁵. En ce sens, une information possédant ces caractéristiques pourrait à ce titre faire l'objet de la protection prévue par le nouveau titre V du Code de commerce⁸⁶.

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ Article L.151-1, alinéa 2 du Code de commerce.

⁸⁴ Assemblée nationale, proposition de loi n°675 portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-

faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

2.1.3. L'existence de dispositions raisonnables conservant le secret

Les textes

Droit commercial

Article L.151-1 du Code de commerce Créé par la Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 – art.1

Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

1° [...]

2° [...]

3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.

En dernier lieu, ces informations doivent avoir « fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de

dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes »⁸⁷.

Les textes

Droit de l'Union européenne

Directive UE 2016/943 Article 2 – Définitions

1)c) Les dispositions raisonnables conservant le secret

Aux fins de la présente directive, on entend par :

1) « secret d'affaires », des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes.

La loi dispose **qu'une information, pour être considérée comme un secret d'affaires, doit avoir fait l'objet de la part de « son détenteur légitime » de « mesures de protection » raisonnables** qui étaient destinées à garder secrètes ces informations. La loi remplace ici « la personne qui en a le contrôle de façon

licite » par « son détenteur légitime » et les « dispositions raisonnables » par « les mesures de contrôle raisonnables ».⁸⁸ Certains parlementaires ont critiqué l'utilisation de ces termes lors de la saisine du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la protection du secret des affaires afin de contester certaines dispositions de son

⁸⁷ Directive (UE) 2016/943, *Op. cit.*, Article 2, 1) c).

⁸⁸ Article L.151-1, alinéa 3 du Code de commerce.

article 1 qui introduit de nouvelles dispositions dans le code de commerce⁸⁹.

Les requérants ont notamment soutenu que la liberté d'entreprendre serait méconnue alors qu'elle relève des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. En effet, ils contestent cet article qui prévoit que seules des informations faisant l'objet de « mesures de protection »⁹⁰ pour en conserver le caractère secret peuvent être couvertes par le secret des affaires. Les requérants considèrent que cela défavoriserait « les petites entreprises, qui ne disposeraient pas des moyens nécessaires pour protéger leurs informations ». Le Conseil constitutionnel va simplement estimer que la liberté d'entreprendre n'est pas méconnue car

protégée par le droit de l'Union européenne et que « les dispositions de l'article L. 151-1 [...] se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de l'article 2 de la directive ». Ce critère implique une notion de proportionnalité : les mesures de protection doivent être raisonnables, c'est-à-dire « adapté[es] au type de secret concerné ».⁹¹ La directive et la loi ne décrivent pas un « secret absolu » mais « un secret qui caractérise la plus-value de l'entreprise, son savoir-faire, son talent. »⁹² Selon l'Assemblée nationale, définir un secret d'affaire en imposant des critères cumulatifs permet d'éviter que « l'ensemble des activités économiques ne revête un caractère abusivement secret, en contradiction flagrante avec les règles qui régissent nos sociétés démocratiques »⁹³.

2.2. Typologie des informations protégées par le secret des affaires

La Commission européenne avance que les informations protégées par le secret d'affaires correspondent aux « méthodes de fabrication et d'évaluation des coûts de production »⁹⁴, notamment comprenant les « savoir-faire techniques ou technologiques », « les études marketing ou de marché », les « réseaux commerciaux, [les] notes de stratégie, [les] plans de recrutements ou d'acquisitions, [les] méthodes de gestion ou d'organisation », « les sources d'approvisionnement et quantités

produites », « les fichiers clients et distributeurs » ou « fournisseurs », ou encore les « informations relatives à l'organisation interne de l'entreprise »⁹⁵. Il peut également s'agir d'« accords commerciaux », de « politiques de rémunération ». Plus généralement, il peut s'agir d'idées, de savoir-faire, d'informations et de pratiques « non protégées par des droits de propriété intellectuelle »⁹⁶. Il s'agit en réalité des « actifs économiques dont la valeur

⁸⁹ Décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Assemblée nationale n°2139, Exposé des motifs de la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, p.5.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Denys de BÉCHILLON, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Point 215.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Ales Thibaud, Fasc. 24 - Actualité : Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, Jurisclasseur commercial, 13 Septembre 2018, considérant 6.

économique n'est pas contestable ». ⁹⁷ A l'inverse, le chiffre d'affaires, les « informations historiques » (de plus de cinq ans), les données statistiques ou agrégées, l'objet et le montant des aides publiques versées ne sont pas protégés par le secret des affaires car il est considéré que l'obligation de transparence à l'égard de tous doit primer pour ces informations, notamment en contentieux administratif ⁹⁸. En droit français, on peut distinguer deux types d'informations susceptibles d'être protégées : « des informations ou des secrets d'ordre technique » et « des informations ou des secrets d'ordre commercial, économique ou financier » ⁹⁹. Pour ce qui est des informations techniques confidentielles, il s'agit des savoir-faire techniques incluant les secrets de fabrication et les données techniques - par exemple le contenu des dossiers d'autorisation de mise sur le marché. **Quant aux informations confidentielles d'ordre commercial, économique ou financier, il s'agit de secrets comprenant « les fichiers de clients et de fournisseurs, les méthodes et les stratégies commerciales, les informations sur les coûts et les prix, ainsi que les projets de développement, les sinistres, les études de marché, etc. »** ¹⁰⁰ Il peut être tiré de la jurisprudence du Conseil d'Etat plusieurs exemples illustrant ce qui peut être couvert par le secret d'affaires – ou secret en

matière commerciale et industrielle en droit administratif. ¹⁰¹

Ainsi, « les extraits d'un rapport de l'inspection générale des affaires sociales relatifs au fonctionnement de l'Union nationale des mutuelles retraite des instituteurs et des fonctionnaires de l'Éducation nationale et de la fonction publique et aux conditions dans lesquelles elle procède à la gestion financière des produits qu'elle propose à ses adhérents et à la couverture de ses engagements » ¹⁰² ou encore « les passages d'un rapport de contrôle de la CNIL décrivant de manière détaillée le contenu et l'organisation des fichiers détenus par une entreprise d'assurance-crédit, ses méthodes de travail ainsi que des éléments chiffrés sur le nombre de demandes de garanties qu'elle traite quotidiennement » ¹⁰³ peuvent être considérés comme des secrets d'affaires. En outre, des contrats d'achats d'œuvres par un musée ou tout autre document relatif « à l'acquisition à titre onéreux ou à la commande d'œuvres et d'objets d'art » ¹⁰⁴ peuvent également être couverts par le secret.

D'autres exemples apparaissent dans les décisions du Conseil d'Etat et de la Cour Administrative d'Appel, comprenant des documents « recueillis par l'Administration au titre des pouvoirs reconnus au ministre

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Denys de BÉCHILLON, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Point 215.

⁹⁹ Assemblée nationale, Rapport n°777, *Op. Cit.*, I) Le droit existant.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Répertoire du contentieux administratif, point 216, Dalloz, 2019.

¹⁰² CE 27 février 2006, Comité d'information et de défense des sociétaires de la mutuelle retraite de la fonction publique, req. N°265308.

¹⁰³ CE 2 mai 1994, Hudin, req. N°110829.

¹⁰⁴ CE 17 février 1997, Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou, req. N°172365.

chargé du travail, dans le cadre du processus de reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale dans le champ d'une convention collective, dans la mesure où ils font état des choix révélateurs des actions et des projets d'entreprises »¹⁰⁵, ou encore « le procès-verbal du conseil d'administration de France Télécom relatif à la filialisation de certaines de ses activités »¹⁰⁶, « les chiffres de tirage d'un ouvrage, fournissant

des indications sur les conditions financières et les droits patrimoniaux liés à son exploitation »¹⁰⁷, les éléments d'un « rapport des autorités de régulation des marchés financiers relatifs à la stratégie financière d'une entreprise »¹⁰⁸, « le compte rendu financier d'un délégataire de service public détaillant poste par poste les montants des charges et des produits de l'entreprise »¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CE 17 avril 2013, Min. du Travail, de l'Emploi et de la Santé c/ Cabinet de la Taille, req. N°344924 , Lebon T. ; AJDA 2013.

¹⁰⁶ CAA Bordeaux, 25 avril 2006, France Télécom, req. N°02BX02101

¹⁰⁷ CAA Paris, 6 février 2003, Juaneda-Calvier, req. N°99PA03581

¹⁰⁸ CAA Paris, 10 mai 2001, Géniteau, req. N°00PA01926

¹⁰⁹ CAA Nantes, 18 avril 2001, Dpt des Côtes-d'Armor, req. N°98NT02828 .

Informations susceptibles d'être protégées par le secret des affaires

- Les savoir-faire techniques ou technologiques, comme :
- Les secrets de fabrication, par exemple la fragrance d'un parfum ou l'assemblage d'un champagne.
- Les données techniques, par exemple le contenu de dossiers d'autorisations de mise sur le marché
- Les fichiers clients et fournisseurs
- Les projets de développement
- Les sinistres
- Les études marketing ou de marché
- Les réseaux commerciaux
- Les notes de stratégie,
- Les plans de recrutements ou d'acquisitions,
- Les méthodes de gestion ou d'organisation
- Les sources d'approvisionnement et quantités produites
- Les fichiers clients et distributeurs ou fournisseurs
- Les informations relatives à l'organisation interne de l'entreprise
- Des accords commerciaux
- Des politiques de rémunération
- Les fichiers clients et fournisseurs
- Les méthodes

Plus généralement, il peut s'agir d'idées, de savoir-faire, d'informations et de pratiques non protégées par des droits de propriété intellectuelle comme des informations sur les coûts et prix.

Informations non susceptibles d'être protégées par le secret des affaires

- Le chiffre d'affaires
- Les informations historiques (de plus de cinq ans)
- Les données statistiques ou agrégées
- L'objet et le montant des aides publiques versées

2.3. L'harmonisation de certains textes par la loi de 2018 : des risques de procédures stratégiques

Code des relations entre le public et l'administration Article L311-6

Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

1° Dont la communication **porterait atteinte** à la protection de la vie privée, au secret médical et **au secret en matière commerciale et industrielle**, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article [L. 300-2](#) est soumise à la concurrence.

Ainsi, avant la loi du 30 juillet 2018, la communication de documents pouvait déjà être restreinte, et ce notamment par le droit administratif en application de l'article L.311-6 du Code des relations entre le public et l'administration.¹¹⁰ Par ailleurs, la loi sur le secret des affaires a harmonisé de nombreux textes, dont l'article L.311-6

en remplaçant « *secret commercial et industriel* » par « *secret des affaires* » afin « de faire écho aux nouvelles dispositions du code de commerce »¹. Or, le nouvel article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration ne renvoie pas au code de commerce.

¹¹⁰ Renaud Le Gunehec, « Secret des affaires : drôle d'ambiance », *Légipresse* N°368, 6 mars 2019.

Code des relations entre le public et l'administration
Article L311-6

Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence ;

2° Portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ;

3° Faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

Les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique.

Sans ce renvoi, l'interprétation de la CADA quant aux informations « dont la divulgation serait (...) terrible » est sans limites. C'est d'ailleurs ce qui a posé problème dans l'affaire des « implant files » opposant le quotidien Le Monde et la CADA. Le journal, dans le cadre de son enquête sur le scandale des implants a demandé « la liste des dispositifs médicaux auxquels l'organisme dédié à cette tâche en France avait délivré un certificat de conformité, ainsi que la liste des dispositifs rejetés. » La CADA a refusé au motif qu'il y avait un risque d'atteinte au secret des affaires, non pas relatif à « d'importants secrets industriels ou de fabrication relatifs aux dispositifs médicaux » mais au « *nom*

des fabricants ». Le journal a ici été bâillonné avant même l'existence d'une quelconque « atteinte » par une publication. Cette première affaire intervenue très peu de temps après la nouvelle loi sur le secret des affaires conduit certains défenseurs des droits de l'Homme à faire part d'une sérieuse inquiétude concernant l'atteinte à la liberté d'information et de communication ou plus largement à la liberté d'expression. **L'invocation de la loi sur le secret des affaires peut facilement glisser vers un usage abusif de la justice et vers le recours à des procédures stratégiques lorsque des poursuites sont engagées.**

2.4. L'obtention, l'utilisation et la divulgation licites de secrets d'affaires

Les textes

Droit commercial

Livre Ier Code de commerce modifié par la loi n°2018-670
Titre V – De la protection du secret des affaires
Section 2 - De la détention légitime et de l'obtention licite d'un secret des affaires

« Art. L. 151-2.-Est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite.

« Art. L. 151-3.-Constituent des modes d'obtention licite d'un secret des affaires :
« 1° Une découverte ou une création indépendante ;
« 2° L'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret

Il apparaît que l'élément essentiel qui détermine un détenteur licite d'un secret d'affaire réside « dans le caractère licite du contrôle du secret. » La loi ne transpose par le d) de la directive, relatif au mode d'obtention licite par « l'expérience et les compétences acquises de manières honnêtes dans le cadre de l'exercice normal de son activité professionnelle ». C'est ainsi qu'avait été reformulée cette hypothèse dans la proposition de loi avant que la commission des Lois ait adopté un amendement pour la supprimer,

considérant qu'elle n'était pas expressément indiquée dans l'article 3. Parmi les débats et propositions préalables à l'adoption de la loi avait été soumise l'idée de considérer comme détenteurs légitimes les personnes pouvant se prévaloir d'une des dérogations prévues à l'article L.151-6 du Code de commerce, comme les journalistes ou les lanceurs d'alerte. Cette disposition qui permettait une protection supplémentaire de ces personnes a été supprimée.

2.5. Les actes constitutifs des atteintes illicites au secret des affaires

Directive UE 2016/943

Article 4 – Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires

2. L'**obtention** d'un secret d'affaires **sans le consentement du détenteur** du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais :

a) d'un **accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique ou d'une appropriation ou copie non autorisée de ces éléments**, que le détenteur du secret d'affaires contrôle de façon licite et qui contiennent ledit secret d'affaires ou dont ledit secret d'affaires peut être déduit ;

b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

3. L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes :

a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite ;

b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires ;

c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires.

4. L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 3.

5. La production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de biens en infraction sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 3

La directive du 8 juin 2016 dresse la liste des actes qui constituent des atteintes

illicites aux secrets des affaires, à l'instar de l'Uniform Trade Secret Act américain¹¹¹.

¹¹¹ Assemblée nationale n°777, rapport sur la proposition de loi n° 675, par Mr. Raphaël GAUVAIN, 21 mars 2018

L'article 4 de la directive donne le droit au « détenteur légitime » de « solliciter l'application des mesures de réparation, et de celles considérées comme licites ». Pour que ces actes soient considérés comme illicites, le critère essentiel est l'absence de consentement du détenteur légitime du secret d'affaires, quel que soit le support du secret d'affaires.

Au moment de la rédaction de la directive, les représentants États membres se sont questionnés quant aux comportements qu'il convient de considérer comme constituant une « obtention », une « utilisation » ou une « divulgation » illicite d'un secret d'affaires¹¹². Il est ressorti de ce débat que, « si un élément de malhonnêteté est nécessaire, les critères d'intention ou de négligence grave ne

devraient pas être requis pour qu'un comportement soit considéré comme illicite, dans le cas où il est à l'origine d'un contrevenant principal (par exemple, celui qui prend des mesures pour obtenir des informations ou celui qui ne respecte pas une obligation de confidentialité) »¹¹³. Or, il est également ressorti de ce débat qu'un critère lié à la connaissance devrait être requis dans le cas de « récepteurs passifs d'informations (tiers) » pour que leur comportement soit considéré comme illicite¹¹⁴. En outre, il était également ressorti de ce débat qu'« il vaudrait mieux ne pas employer à l'article 3 les expressions empruntées au droit pénal (comme vol, acte de corruption) et qu'un tel comportement devrait être défini en termes objectifs »¹¹⁵.

2.6. La sanction de la violation du secret des affaires

L'article L.152-3 du code de commerce prévoit l'octroi de dommages et intérêts pour sanctionner la violation du secret des affaires¹¹⁶. Le juge peut également adopter toute une série de mesures conservatoires pour stopper la divulgation litigieuse, sous astreinte¹¹⁷. La directive (UE) n°2016/943 du 8 juin 2016 impose une harmonisation des législations européennes sur le plan civil seulement¹¹⁸. En droit français, il existe

une protection pénale consacrée aux secrets de fabrications¹¹⁹. L'article L. 1227-1 Code du travail, auquel renvoie l'article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros »¹²⁰.

¹¹² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites – orientation générale, Secrétaire Général du Conseil, 14 mai 2014, p.4.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Code de commerce, article L.152-3.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ Directive (UE) 2016/943, *Op. Cit.*, article 6.

¹¹⁹ Voir supra ? une variété de secrets d'affaires.

¹²⁰ Code du travail, article 1227-1.

2.7. Les éléments de procédure

2.7.1. Le long délai de prescription

Les textes	Droit commercial
Directive UE 2016/943	
Article 8 – Délai de prescription	
La durée du délai de prescription n'excède pas 6 ans.	

Les textes	Droit commercial
Code du commerce : Art. L. 152-2	
Les actions relatives à une atteinte au secret des affaires sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause.	

Le délai de prescription des actions relatives à une atteinte au secret des affaires est de 6 ans maximal d'après la directive UE 2016/943¹²¹. Elle a été fixée à 5 ans dans l'article L.152-2 du Code du commerce¹²². Le projet loi Pacte précise que les actions relatives à une atteinte au secret des affaires peuvent être engagées « à compter du jour où le détenteur du secret des affaires a connu ou aurait dû connaître le dernier fait qui en est la cause »¹²³. Dès lors, « une entreprise sera tentée de s'attaquer, en amont de la publication d'un article de presse, à l'enquête du journaliste en reprochant à ce dernier l'obtention et la détention du secret [et] pourra alors soutenir que ce fait n'a été révélé que par la publication »¹²⁴. La

possibilité d'engager une action 5 ans après les faits – y compris en amont de la publication – fait peser durablement la menace d'une procédure stratégique sur l'auteur de la publication.

La durée du délai de prescription en cas d'atteinte au secret des affaires contraste avec le délai de prescription prescrit dans d'autres domaines tels qu'en droit de la presse, pour lequel le délit de diffamation se prescrit trois mois après le jour de la publication ou le dernier acte de poursuite¹²⁵. C'est pour garantir la liberté de la presse qu'a été prévu un délai de prescription aussi court, qu'il serait justifié d'appliquer à la réglementation du secret des affaires¹²⁶.

¹²¹ Directive (UE) 2016/943, *Op. Cit.*, Article 8§2

¹²² Code civil, article 2224 et Code de commerce, article L. 110-4.

¹²³ Le Gunehec (R.), *Secret des affaires : drôle d'ambiance*, *Légipresse*, 6 mars 2019.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ Loi du 29 juillet 1881, article 65.

¹²⁶ Dupeux (J.-Y.), Massis (T.), *La conduite du procès de presse*, *Legicom*, 2002, n°28, p.10

Code de commerce, Article L153-1

Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale [...] le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense : [...] 3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ; 4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de publicité de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

2.7.2. La confidentialité de la procédure

D'après la loi **les juridictions peuvent limiter la communication d'une pièce aux parties, ordonner sa communication sous forme résumée ou restreindre l'accès à des pièces à certaines personnes, prononcer le huis clos ou adapter la motivation des décisions.** Le paragraphe 2 de l'article 9 de la directive transposée à l'article L.153-1 du code de commerce impose des mécanismes pour la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires divulgués devant une juridiction aux fins de la procédure. Ils doivent prévoir la restriction de l'accès à tout ou partie des pièces soumises par les parties ou par des tiers, la restriction de l'accès aux audiences et rapport d'audience, la possibilité d'obliger les parties ou des tiers à rédiger des versions non confidentielles des documents qui contiennent des secrets d'affaires et la rédaction de version non

confidentielles des décisions judiciaires¹²⁷. Le droit français va jusqu'à étendre cette obligation de confidentialité aux avocats, auxiliaires de justice, membres du personnel judiciaire et magistrats administratifs¹²⁸.

La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice a renforcé la dimension confidentielle des procédures portant sur la protection du secret des affaires. Désormais il est prévu que les débats ont lieu en chambre du conseil (salle d'audience où le public n'est pas admis)¹²⁹ « dans les matières mettant en cause le secret des affaires dans les conditions prévues au 3° de l'article L. 153-1 du code de commerce »¹³⁰. Cette disposition ne s'applique pas devant la cour de cassation¹³¹.

¹²⁷ Directive (UE) 2016/943, *Op. Cit.*, article 9§2 ; Code du commerce, article L.153-1, alinéas 72 à 75.

¹²⁸ Code du commerce, article L.153-2.

¹²⁹ Code de procédure civile, article 22 et 433 et s. : Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil.

¹³⁰ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice, article 33.

¹³¹ *Idem.*

La confidentialité de la procédure en matière de secret des affaires s'oppose au principe de la publicité des débats. Le principe de la publicité des débats est reconnu comme un principe général du droit en droit français¹³². La transparence sur le fonctionnement de la justice « *participe de la nature même de la démocratie. Les citoyens ont le droit d'être informés sur le fonctionnement de l'institution judiciaire qui doit pouvoir répondre à cette demande* »¹³³. La publicité des débats judiciaires existe pour permettre de « *placer sous contrôle* » la justice¹³⁴. Le droit à ce que sa cause soit entendue publiquement est consacré dans de multiples instruments internationaux¹³⁵. En droit français, le principe de la publicité des débats s'applique devant les juridictions civiles¹³⁶ pénales¹³⁷ et administratives¹³⁸. Il est une

« *véritable règle de fond qui contribue à préserver la confiance dans les cours et tribunaux* »¹³⁹ et « *protège les justiciables contre une justice échappant au contrôle du public* »¹⁴⁰. Une procédure opaque et la tenue de débats à huis clos peut contribuer à remettre en question la légitimité de la procédure et la confiance des justiciables dans la justice. Au vu des controverses sur l'implication de diverses multinationales dans les débats ayant précédé l'adoption de la directive et de la loi, l'exigence de transparence sur le fonctionnement de la justice pour l'application de cette directive pouvait paraître d'autant plus nécessaire. L'opacité de la procédure en matière de protection du secret des affaires ne peut que renforcer la méfiance exprimée à l'encontre de ce nouveau régime de protection.

¹³² CE, 4 octobre 1974, Dame David, Leb. p. 464.

¹³³ Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires dit « Rapport Linden », 22 février 2005.

¹³⁴ Roure (S.), L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une juridictionnalisation du débat public, *Op. Cit.*, p.742.

¹³⁵ Déclaration universelle des droits de l'homme, article 10 ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 6 ; Pacte international des droits civils et politiques, article 14§1.

¹³⁶ Code de procédure civile, article 433 ; Code de procédure civile, article 435.

¹³⁷ Code procédure pénale, Article 306, Article 400.

¹³⁸ Article R.195 du Code des tribunaux administratives

¹³⁹ Roure (S.), L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une juridiction du débat public, *Op. Cit.*, p.744. ; CEDH, 20 mai 1988, *Affaire Gautrin et autres c. France*, §33 et §42.

¹⁴⁰ CEDH, 20 mai 1988, *Affaire Gautrin et autres c. France*, §33 et §42.

La confidentialité de la procédure prévue dans le cadre de la loi de protection du secret des affaires va à l'encontre du principe de publicité des débats, prévu pour préserver la confiance du public dans les tribunaux. Le déroulement de la procédure dans ce contexte peut poser un réel problème de légitimité de la Justice et des tribunaux.

2.7.3. Le choix du tribunal

Le Sénat proposait une plus grande spécialisation des magistrats en matière de propriété intellectuelle étant donné la spécificité de la matière¹⁴¹. La Chancellerie estime que le contentieux de la protection du secret des affaires doit relever du contentieux de droit commercial général, le secret des affaires n'étant pas un droit de propriété intellectuelle. La possibilité d'aller devant le tribunal de commerce pour sanctionner une violation du secret des affaires est critiquable. Certains sénateurs ont exprimé leurs inquiétudes quant à la possibilité de mener ce type de contentieux devant les tribunaux de

commerce¹⁴². Les tribunaux de commerce sont généralement compétents pour les litiges qui surviennent entre deux sociétés commerciales¹⁴³. Dans le cadre du contentieux relatif à la protection du secret des affaires, ils peuvent être amenés à traiter des contentieux opposant une entreprise et une personne physique sur des sujets dont ils sont peu coutumiers, tel que celui de la liberté d'expression et de l'intérêt général. Des amendements avaient été déposés devant le Sénat pour réserver la compétence du contentieux du TGI à ce sujet.

2.8. Une certaine marge de manœuvre sur le plan pénal

La directive (UE) n°2016/943 du 8 juin 2016 impose une harmonisation des législations européennes sur le plan civil seulement¹⁴⁴. Chaque Etat est libre de créer d'établir des dispositions pénales. En droit français, si aucune disposition pénale n'a été spécifiquement créée pour protéger les

secrets des affaires, il existe une protection pénale consacrée aux secrets de fabrications¹⁴⁵. En droit du travail également, l'article L. 1227-1 Code du travail, auquel renvoie l'article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « le fait pour un directeur ou un salarié

¹⁴¹ Commission des affaires européennes du Sénat, rapport d'information n°406, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 avril 2018, p.12.

¹⁴² Sénat, Rapport n°419, p.62.

¹⁴³ Code de commerce, article L.721-3.

¹⁴⁴ Directive (UE) 2016/943, *Op. Cit.*, article 6.

¹⁴⁵ Sénat, Rapport n°419, p.62.

de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un

emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros »¹⁴⁶.

Livre Ier Code de commerce modifié par la loi n°2018-670
Titre V – De la protection du secret des affaires
Section 3 - De l'obtention, de l'utilisation et de la divulgation illicites

« Art. L. 151-4.-L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte :

« 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ;

« 2° De tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale.

« Art. L. 151-5.-L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation.

« La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article.

« Art. L. 151-6.-L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5.

¹⁴⁶ Code du travail, article 1227-1.

DEUXIEME PARTIE

La protection du secret d'affaires : les ressources contre les procédures stratégiques

1. Les ressources issues de la loi et de la directive relatives à la protection du secret des affaires

Différents leviers de protection exploitables par les ONG pour se protéger des risques et des effets du nouveau régime de protection du secret des affaires introduit par la directive UE 2016/943 et la loi n°2018-670 existent. Dans cette deuxième partie ont été identifiés des leviers déjà présents dans la directive et la loi, mais également dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit français, dans la

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions françaises. Par ailleurs, des modèles existants de régime de protection contre les procédures stratégiques tels que celui prévu dans le droit québécois peuvent servir de source d'inspiration pour l'élaboration d'un véritable régime de protection pour contrer les procédures stratégiques face à la protection du secret des affaires.

1.1. L'inopposabilité du secret des affaires pour les informations d'intérêt public

Les textes

Droit de l'UE

Directive UE 2016/943 Considérant 21

Un tel ajustement des mesures, procédures et réparations ne devrait pas mettre en péril ou affaiblir les droits et libertés fondamentaux ou l'intérêt public, tels que la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement, et ne devrait pas porter préjudice à la mobilité des travailleurs.

Le considérant 21 de la Directive UE 2016/943¹⁴⁷ qui précise **que la protection du secret des affaires ne doit pas porter atteinte à l'intérêt public tels que la**

sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement n'a pas été transposé en droit français. Selon l'article

¹⁴⁷ Directive UE 2016/943, *Op. Cit.*, considérant 21.

288, alinéa 3 du TFUE, les juridictions françaises sont « tenues de prendre en considération l'ensemble des règles [...] du droit de l'Union et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa TFUE »¹⁴⁸. L'article 288 alinéa 3 du TFUE dispose que les Etats membres sont tenus de « *prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive* »¹⁴⁹. Cette obligation implique pour les juridictions nationales le devoir d'assurer

dans le cadre de leurs compétences la pleine efficacité du droit de l'Union. Ils sont ainsi tenus à une obligation d'interprétation conforme du droit national au droit de l'Union et se doivent d'interpréter un texte transposant une directive pour atteindre les objectifs visés par la directive.¹⁵⁰ Le considérant 21 de la Directive UE 2016/943 peut être invoqué à l'appui d'un contentieux relatif à la divulgation d'une information relevant potentiellement du régime de la protection du secret des affaires au titre de l'interprétation du texte français à la lumière de la directive au titre de l'obligation d'interprétation conforme.

Les leviers contentieux

Il est possible d'invoquer le considérant 21 de la Directive UE 2016/943 pour contester la protection d'un secret des affaires qui comporte des informations relatives à la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement ou à la mobilité des travailleurs

¹⁴⁸ CJUE (GC), 19 avril 2016, affaire C-441/14, Dansk Industri (DI), §31.

¹⁴⁹ TFUE, article 288 alinéa 3.

¹⁵⁰ CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14, Radlinger et Radlingerová.

1.2. L'inopposabilité du secret des affaires dans le cadre de l'exercice du droit à la liberté d'expression et de la protection du débat d'intérêt général

Les textes

Droit de l'UE

Directive UE 2016/943

Article 5 - Dérogations

Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

a) pour exercer **le droit à la liberté d'expression et d'information** établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ;

L'article 5a de la directive UE 2016/943¹⁵¹ relatif aux dérogations de la protection du secret des affaires et l'article L.151-8-1 du code du commerce consacrent **le droit à la liberté d'expression comme une première dérogation à la protection du secret des affaires**¹⁵². Ces deux instruments se réfèrent explicitement à la liberté d'expression au sens de l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵³, qui a le même sens et la même portée que l'article 10 de la Convention EDH (selon l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux). La CEDH a développé une jurisprudence conséquente sur la portée du principe de liberté d'expression. Dans *l'Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour consacre la liberté d'expression comme «

l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique], *l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »¹⁵⁴. Elle considère que « l'article 10§2 ne laisse guère de place à des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine de l'intérêt général »¹⁵⁵. L'existence d'un débat d'intérêt général justifie un droit à la liberté d'expression renforcé. La liberté d'information est donc elle aussi conditionnée à l'existence de ce débat d'intérêt général. Pour se prévaloir des dérogations à la protection du secret des affaires au sens de l'article L.151-8 du Code du commerce, **l'information diffusée va devoir contribuer au débat d'intérêt général**.

¹⁵¹ Directive UE 2016/943, Article 5a.

¹⁵² Code du commerce, article L.151-8-1.


¹⁵³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (2000/C 364/01) : Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans

qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.

¹⁵⁴ CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, requête n°5493/72, §49.

¹⁵⁵ CEDH, arrêt du 8 juillet 1999, *Affaire Surek contre Turquie*, requête n°26682/95, §61.

Code de commerce - Section 4 – Les cas d'inopposabilité du secret des affaires**Art. L. 151-8**

A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :  « 1° Pour exercer le **droit à la liberté d'expression et de communication**, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la **liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** » [...]

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 11**Convention européenne des droits de l'homme - Article 10**

Toute personne a droit à la liberté d'expression qui comprend la liberté d'opinion et la liberté de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques [...] ». L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi [...] qui constituent des mesures nécessaires [...] pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles »¹.

1.2.1. La portée de la notion de débat d'intérêt général

La jurisprudence nationale et européenne en droit de la presse « *met en balance l'intérêt général du débat auquel une information contribue, et les atteintes qu'elle porte aux secrets protégés par la loi* »¹⁵⁶. Les juges vont apprécier cet équilibre au cas par cas. Désigner une activité, un débat, une information comme étant d'intérêt général revient à opérer une qualification juridique des faits en

considérant que « *cet objet répond aux besoins de la population ou à l'intérêt du public* »¹⁵⁷. Pour bénéficier de la dérogation à la protection du secret des affaires, les victimes potentielles de procédures stratégiques vont devoir apprécier par elles-mêmes si l'information est dotée d'un intérêt général suffisant et anticiper le bilan pouvant être opéré par le juge quant à la balance des intérêts en

¹⁵⁶ Truchet (D.), La notion d'intérêt général le point de vue d'un professeur de droit, Legicom, 2017, n°58, p.8.

¹⁵⁷ Ibid, p.7.

présence. Les moyens et le temps limités dont elles disposent peuvent rendre difficile cet exercice. La sécurité juridique des auteurs de publications sensibles peut être compromise face à « *la subjectivité et le caractère aléatoire de la jurisprudence*

sur l'intérêt général »¹⁵⁸. La jurisprudence rend difficilement compte de critères précis permettant d'identifier en amont d'une publication si celle-ci contribue ou non au débat d'intérêt général.

1.2.2. Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence

1.2.2.1. La notion de débat d'intérêt général issue de la jurisprudence de la CEDH

Cette notion apparaît dans un premier temps dans la jurisprudence de la CEDH¹⁵⁹, qui a précisé peu à peu cette notion. Dans *l'Affaire Sunday Times (n°1) c. Royaume-Uni*, la Cour tient « *compte de tout aspect de l'affaire relevant de l'intérêt public* »¹⁶⁰. L'intérêt d'informer le public peut l'emporter sur une obligation de confidentialité imposée par la loi¹⁶¹. La Cour considère « *qu'ont trait à un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement* »¹⁶². Par ailleurs, la presse « joue un rôle éminent dans une société démocratique, [...] il lui incombe de communiquer [...] des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt

général »¹⁶³. Par un examen de la jurisprudence la Cour européenne, une liste non exhaustive de sujet considérés comme relevant du débat d'intérêt général peut être dressée en fonction de la matière visée ou en tenant compte de la qualité de la personne visée¹⁶⁴. Les questions considérées comme d'intérêt général seraient celles touchant « la matière politique, les questions dites « sociales », telles celles relatives à la santé publique ou aux religions, ainsi que toutes les questions touchant au fonctionnement des institutions et des services publics »¹⁶⁵. La qualité des personnes exerçant des activités relevant du débat d'intérêt général serait celle « des personnes publiques du fait de leur statut, comme c'est le cas des hommes politiques ou des

¹⁵⁸ TRUCHET (D.), *Op. Cit.* p.8.

¹⁵⁹ CEDH, *De Haes et Gijssels contre Belgique*, arrêt du 24 février 1997, requête n°19983/92, p. 29.

¹⁶⁰ CEDH, arrêt du 26 avril 1979, *Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, requête n°6538/74, §65.

¹⁶¹ CEDH (GC), arrêt du 10 décembre 2007, *Affaire Stoll c. Suisse*, requête n°69698/01, §121.

¹⁶² CEDH, (GC), arrêt du 10 novembre 2015, *Affaire Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, requête n°40454/07, §103.

¹⁶³ CEDH, Arrêt du du 24 février 1997, *Affaire De Haes et Gijssels c. Belgique*, requête n°19983/92, §37.

¹⁶⁴ DROIN (N.), *Diffamation et débat d'intérêt général / la bonne foi plie, mais ne rompt pas*, Recueil Dalloz 2015, p.931 ; François (L.), *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*, *Légipresse*, 2014, n°317, p. 339 et n°318, p. 403.

¹⁶⁵ *Idem*.

fonctionnaires publics qui ne sont pas totalement assimilés aux premiers, soit du fait de leur notoriété, c'est-à-dire en raison de leur exposition dans les médias ou par les médias »¹⁶⁶.

La Cour de cassation s'est progressivement appropriée cette notion de débat d'intérêt général pour en faire un fait justificatif autonome en matière de droit de la presse¹⁶⁷ : « *le sujet d'intérêt général apparaît [...] comme une circonstance qui vient [justifier la diffamation]* »¹⁶⁸. C'est notamment dans l'arrêt *Executive Life* du 11 mars 2008¹⁶⁹ qu'elle a intégré ce critère du « débat d'intérêt général » dans sa grille de lecture¹⁷⁰. Elle reste cependant « peu

précise sur le constat des éléments de l'intérêt général et de ses critères objectifs, susceptibles de contrebalancer l'absence de prudence dans les propos et le caractère insuffisant de l'enquête »¹⁷¹. La notion a pu être utilisée par la cour de cassation pour des sujets d'intérêt fondamental, mais également pour des sujets d'intérêt local¹⁷². Par ailleurs, bien qu'il existe une protection spécifique de la liberté d'expression des journalistes dans la jurisprudence de la CEDH ou en matière de droit de la presse en droit français, les ONG ne bénéficient pas de ce statut particulier. La protection de leur liberté d'expression est moindre que celle accordée à la liberté d'expression des journalistes.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ LYN (F.), *La réception du critère européen du débat d'intérêt général en droit français de la diffamation*, recueil Dalloz, 2018, p. 636.

¹⁶⁸ LEPAGE (A.), *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon*, CCE 2009, Comm. 82.

¹⁶⁹ Crim. 11 mars 2008, n° 06-84.712, Bull. crim. n° 59.

¹⁷⁰ MONFORT (J.-Y.), *La jurisprudence récente sur le critère du sujet d'« intérêt général » en matière de diffamation*, Légicom, n°50, 2013, p. 11.

¹⁷¹ DUPEUX (J.-Y.), MASSIS (T.), *Droit de la presse*, D. 2009, p. 1779.

¹⁷² Bigot (C.), *Pratique du droit de la presse*, 2^{ème} édition, Puf, Paris, 2017, p.156.

En bref

La notion de débat d'intérêt général, introduite par la Cour européenne des droits de l'homme, est utilisée par le juge français. Elle fait partie des éléments qui justifient la liberté d'expression. Les informations qui relèvent de l'intérêt général peuvent être définies comme celles qui **touchent le public, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement**.

Une liste non exhaustive de sujets considérés comme relevant du débat d'intérêt général peut être dégagée de la jurisprudence de la CEDH : la matière politique, les questions dites « sociales », telles celles relatives à la santé publique ou aux religions, ainsi que toutes les questions touchant au fonctionnement des institutions et des services publics.

L'appréciation de la présence ou non d'un débat d'intérêt général va être soumise à l'appréciation du juge. C'est-ce qui rend difficilement prévisible l'application des dispositions relatives à la protection du secret des affaires qui prévoient comme principe la restriction à la liberté d'expression, et comme exception les informations relevant du débat d'intérêt général.

1.2.2.2. La notion de débat d'intérêt général dans la jurisprudence française : l'exemple de l'affaire Debwire

Les faits

Le journal Challenges a été condamné à retirer une information publiée sur son site sur la situation financière de Conforama. L'article mis en cause révèle le placement de Conforama sous « mandat ad hoc » du tribunal de commerce¹⁷³. En vertu de l'article L.611-15 du Code de commerce, ce type de procédure est confidentielle pour les personnes qui y prennent part ou qui en ont connaissance du fait de leurs fonctions¹⁷⁴. Le tribunal de commerce a condamné le journal à retirer la

publication, à une interdiction de publication future d'informations sur la procédure ouverte par le tribunal de commerce ainsi qu'à une astreinte de 10000 euros par infraction constatée¹⁷⁵.

Cette décision est comparable à celle rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 décembre 2015¹⁷⁶. Par cette décision, la Cour condamnait le site internet *Debwire* spécialisé dans l'information économique à la suite de la

¹⁷³ Le point, 13.02.2018, Affaire « Challenges »/ Conforama : sale temps pour la liberté de la presse.

¹⁷⁴ Article L.611-15 du code de commerce.

¹⁷⁵ Le point, 13.02.2018, Affaire « Challenges »/ Conforama : sale temps pour la liberté de la presse.

¹⁷⁶ Cass com, 15 décembre 2015, n°14_11.500, RLDA 2016.

publication d'un article relatant la conclusion d'un mandat ad hoc puis l'ouverture d'une procédure de conciliation. Elle estime que la loi peut prévoir des restrictions à la liberté d'expression dans la mesure de ce qui est nécessaire dans une société démocratique pour empêcher la divulgation

En droit

Dans l'affaire *Debwire*, la Cour de cassation s'est prononcée à trois reprises. C'est en **appréciant l'existence d'une question d'intérêt général** que la Chambre commerciale de la Cour de cassation va proposer de trancher le litige.

En première cassation, dans un arrêt du 15 décembre 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation infirme la décision du 27 novembre 2013 de la Cour d'appel de Versailles. Cette dernière considère que le fait pour la société Mergermarket Limited d'avoir publié, comme d'autres journaux spécialisés, des informations confidentielles, en application de l'article L. 611-15 du code de commerce, ne constitue pas un trouble manifestement illicite au regard de la liberté d'informer du journaliste¹⁷⁷. La chambre commerciale de la Cour de cassation se fonde sur l'article 10§2 de la ConvEDH pour infirmer la décision de la Cour d'appel. Elle estime que « **des restrictions peuvent être apportées par la loi à la liberté d'expression dans la mesure de ce qui est nécessaire dans une société démocratique** pour protéger les

d'informations confidentielles. Dans l'affaire *Debwire*, le juge va examiner successivement : le devoir de confidentialité de l'article L.611-15 du Code de commerce, la limite apportée à la liberté d'expression de l'article 10§2 de la ConvEDH, puis la « vie privée d'une personne morale ».

droits d'autrui et empêcher la divulgation d'informations confidentielles tant par la personne soumise à un devoir de confidentialité [prévu en l'espèce par l'article L.611-15 du code du commerce] que par un tiers »¹⁷⁸.

En deuxième cassation, la chambre commerciale de la Cour de cassation **fait prévaloir le caractère confidentiel des procédures** de prévention des difficultés des entreprises imposées par l'article L.611-15 du Code de commerce pour protéger les droits et libertés des entreprises sur la diffusion par voie de presse de ces procédures de prévention, à moins que la diffusion ne contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général¹⁷⁹. La Cour d'appel avait alors retenu qu'« il n'était justifié d'aucun préjudice résultant de la diffusion des informations litigieuses, de sorte que n'était caractérisée aucune violation évidente de la loi susceptible d'être sanctionnée par la juridiction des référés »¹⁸⁰.

En troisième cassation, la chambre

¹⁷⁷ Cité dans Cass com, 15 décembre 2015, n°14_11.500, RLDA 2016.

¹⁷⁸ Cass com, 15 décembre 2015, n°14_11.500, RLDA 2016.

¹⁷⁹ LEPAGE (A.), Libertés et protection des personnes, Communication, Commerce électronique, n°4, avril 2019, p. 2.

¹⁸⁰ *Idem*.

commerciale de la Cour de cassation estime que « [l]a diffusion d'informations relatives à une procédure de prévention des difficultés des entreprises, couvertes par la confidentialité, **sans qu'il soit établi qu'elles contribuent à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général**, constitue à elle seule un trouble manifestement illicite »¹⁸¹.

Elle s'appuie sur le fait que la diffusion des informations « *était restreinte au public des abonnés au site, public spécialisé dans l'endettement des entreprises* »¹⁸² pour considérer que l'information était destinée à « *un public spécifique, délimité, faisant usage de ces informations à des fins utilitaires, et non pas ceux du public, cette entité abstraite à laquelle l'information contribuant à un débat d'intérêt général apporte [...] de quoi élever l'esprit et*

stimuler la réflexion critique »¹⁸³. La cour d'appel de renvoi va procéder à l'analyse des cinq articles litigieux et rechercher l'existence d'un intérêt général. Elle va finir par considérer qu'« *il n'était pas justifié en quoi le compte rendu, en temps réel, du déroulement et du contenu des négociations pouvait être conforme à l'intérêt général, et en particulier, à la défense de l'emploi et de l'économie* »¹⁸⁴.

La Cour d'appel ne se contente pas ici de rechercher l'existence d'un débat d'intérêt général, mais va **apprécier directement si la manière dont ont été diffusées les informations litigieuses pouvait être conforme à l'intérêt général au sens de l'intérêt public**. Elle invoque ici la défense de l'emploi et de l'économie comme intérêt général auquel aurait dû contribuer la diffusion des informations litigieuses.

En bref

On peut déduire de l'affaire *Debwire* un faisceau d'indices pour identifier une information comme relevant du débat d'intérêt général dans le cadre d'une procédure visant à limiter la liberté d'expression d'un individu/d'une ONG

- ⇒ En matière de procédure de prévention des difficultés des entreprises : la diffusion d'informations doit **contribuer à l'information légitime du public** sur un débat d'intérêt général.
- ⇒ Pour relever de la catégorie des informations relevant du débat « d'intérêt général », l'information ne doit pas se limiter à un public spécifique, pouvant faire usage de ces informations à des fins utilitaires : ainsi l'identification du public auquel s'adresse la publication entre en compte
- ⇒ L'entreprise visée n'a pas à justifier d'un préjudice résultant de la diffusion des informations litigieuses pour que leur divulgation soit sanctionnée dès lors que la diffusion des informations ne contribue pas à nourrir un débat intérêt général

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ *Idem.*

⇒ Cette décision démontre que « la technique, parfois décriée à juste titre, de la balance des intérêts peut aussi aboutir à privilégier le droit subjectif (ici le droit des entreprises à négocier

sous le couvert de la confidentialité, ailleurs le respect de la vie privée des particuliers) méconnu, au détriment d'une liberté publique, d'un droit fondamental »¹⁸⁵.

Les suites de l'affaire *Debwire*

Une décision récente relative à l'obligation de confidentialité prévue par l'article L. 611-15 du code de commerce en matière de mandat ad hoc et de publication d'information contribuant à l'information légitime du public a été rendue suite à l'affaire *Debwire*. Elle concerne la publication par la société Les Editions Croque Futur d'un article relatant que le groupe Conforama avait été placé sous mandat ad hoc du fait de difficultés financières. Ce dernier a assigné en référé la société éditrice pour le retrait de l'article du site et l'interdiction de publications futures sur le sujet. Par un jugement du 12 janvier 2018, le tribunal de commerce de Paris a condamné la société éditrice au retrait de l'article litigieux sous astreinte et à l'interdiction de toute publication d'articles relatifs à la procédure de prévention concernant le groupe Conforama¹⁸⁶. Le premier juge considère l'information litigieuse comme ne contribuant pas à l'information nécessaire du public sur une question d'intérêt général, tel qu'établi par la Cour de cassation dans l'affaire *Debwire* dans son arrêt du 15 décembre 2015¹⁸⁷. Dans un arrêt du 6 juin 2019, la Cour d'appel de Paris infirme cette ordonnance¹⁸⁸. Le juge estime qu'il n'est pas établi que les articles

litigieux constituent un trouble manifestement illicite ou ont généré un risque de dommage imminent. **Le juge tient compte du fait que l'information ait été énoncée au conditionnel, et que sa diffusion fasse suite à plusieurs autres articles de presse traitant des difficultés financières du groupe Conforama.** Il en déduit que leur divulgation n'a pas pu compromettre les chances de succès de la procédure de mandat ad hoc. **Il tient compte de l'importance de l'enseigne française Conforama, le montant de son chiffre d'affaires et les répercussions des difficultés économiques d'un tel groupe employeur de 9000 personnes en France pour considérer le sujet traité dans l'article litigieux comme relevant du débat d'intérêt général.** Il infirme ainsi l'ordonnance du tribunal du commerce et rejette la condamnation de la société Les Editions Croque Futur. Dans l'affaire *Debwire* – pour laquelle les faits d'espèce étaient quasiment similaires - la chambre commerciale de la Cour de cassation avait pourtant condamné le journal à l'origine de la divulgation des informations litigieuses. La cour d'appel s'était appuyée sur le caractère restreint et spécialisé du public – l'accès à l'article litigieux du journal *Challenges* étant soumis à un abonnement

¹⁸⁵ LIENHARD (A.), *Mandat ad hoc (confidentialité) mise en balance avec le droit à la liberté d'expression*, Dalloz actualité, 17 décembre 2015.

¹⁸⁶ Tribunal de commerce de Paris, 22 janvier 2018, n°2018001979.

¹⁸⁷ Cass com, 15 décembre 2015, n°14_11.500, RLDA 2016.

¹⁸⁸ CAA de Paris, pôle 1, ch. 2, 6 juin 2019, n° 18/03063.

– pour considérer que l'information litigieuse ne relevait pas du débat d'intérêt général¹⁸⁹.

Dans l'affaire du 6 juin 2019, l'article de la société Les Editions Croque Futur – bien que relevant de la presse spécialisée – était accessible sans abonnement. Le fait que la société à l'origine de la publication ait été condamnée dans l'une des affaires mais

pas dans l'autre témoigne du fait que « la portée étendue de l'article L.611-15 [du code de commerce] est largement tributaire de l'appréciation du contenu de l'information au regard de sa contribution à informer le public sur un débat d'intérêt général »¹⁹⁰. **L'appréciation de l'existence d'un débat d'intérêt général reste très ambivalente d'un juge à l'autre.**

En bref

Des indices supplémentaires pour l'appréciation de l'existence d'un débat d'intérêt général peuvent être dégagés de la décision de la Cour d'appel de Paris du 6 juin 2019 :

- ⇒ Le montant du chiffre d'affaires, les répercussions sur l'emploi
- ⇒ Le fait que l'information litigieuse soit libre d'accès semble être un indice pour qu'elle soit considérée comme relevant du débat d'intérêt général

1.3. La consécration d'un droit à la divulgation d'un secret dans un but de protection de l'intérêt général

Les textes

Droit de l'Union européenne

Directive UE 2016/943

Article 5 - Dérogations

Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes : [...]

b) pour révéler une faute, un **acte répréhensible** ou une **activité illégale**, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger **l'intérêt public général** ;

¹⁸⁹ CAA de Paris, 20 avr. 2017, n° 16/02849.


¹⁹⁰ FABRICE RAKOTOARISON (T.), Dalloz actualité, Confidentialité prévue par l'article L.611-15 vs

liberté d'expression : un premier infléchissement ?, 12 juin 2019.

L'article 5b de la directive UE 2016/943¹⁹¹ relatif aux dérogations à la protection du secret des affaires, et l'article L.151-8-2¹⁹² consacrent comme une deuxième dérogation à la protection du secret des affaires l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret pour révéler une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible dans le but de protéger l'intérêt général. L'article L.151-8-2 prévoit un critère supplémentaire que celui prévu dans la

directive UE 2016/943, celui de la bonne foi. Ainsi pour entrer dans le cadre de la dérogation prévue à l'article L.151-8 du Code du commerce, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'une information protégée par le secret des affaires doit respecter trois critères cumulatifs : elle doit avoir été faite dans un but de protection de l'intérêt général, de bonne foi, et porter sur une activité illégale une faute ou un comportement répréhensible.

**Code de commerce - Section 4 – Les cas d'inopposabilité du secret des affaires
Art. L. 151-8**

A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue [...]« 2° Pour révéler, dans **le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible**, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; « 3° Pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

1.3.1. Le critère de la protection de l'intérêt général

D'après l'article L.151-8 du code du commerce, la révélation d'une information protégée par le secret des affaires doit avoir lieu dans un but de protection de l'intérêt général. Ce deuxième cas d'inopposabilité du secret des affaires

concerne **directement la protection de l'intérêt général** et non la protection du **débat d'intérêt général** consacrée dans la première partie de l'article L.151-8 dans le cadre l'exercice de la liberté d'expression¹⁹³.

¹⁹¹ Directive UE 2016/943, Article 5a.

¹⁹² Code du commerce, article L.151-8-2.

¹⁹³ Voir supra I)A)2)c)i.

1.3.2. Le critère de bonne foi

D'après l'article L.151-8 du code de commerce, la révélation d'une information protégée par le secret des affaires doit respecter l'impératif de bonne foi. Le critère de la bonne foi en droit français doit réunir quatre conditions : « le sérieux de l'enquête, parfois désigné sous le vocable d'exigence d'objectivité, la prudence dans l'expression, l'absence d'animosité personnelle et le but légitime poursuivi »¹⁹⁴. En matière de droit de la presse, « de nombreux arrêts de cassation émanant tant de la chambre criminelle que de la première chambre civile témoignent d'une approche judiciaire selon laquelle les

conditions de la bonne foi sont corrélées à l'intensité de l'intérêt général »¹⁹⁵. Ainsi l'importance de l'intérêt général de l'information divulguée réduirait les exigences de la bonne foi. Il arrive cependant dans certaines affaires que la bonne foi soit refusée malgré l'intérêt général du sujet traité¹⁹⁶. **Le critère de la bonne foi n'est cependant pas exigé dans l'article 5b de la directive UE 2016/943. Il pourrait ainsi être écarté au titre de l'obligation d'interprétation conforme des lois aux directives desquelles elles sont issues prévue par l'article 288, alinéa 3 du TFUE du TFUE**¹⁹⁷.

Les propositions de réforme

Le critère de bonne foi prévu dans l'article L.151-8 du code de commerce pourrait être supprimé de l'article L.151-8 du code de commerce au regard de l'obligation d'interprétation conforme de l'article 5 de la directive UE 2016/943.

1.3.3. Le critère de l'obtention, l'utilisation et la divulgation d'une activité illégale, d'une faute ou d'un comportement répréhensible

D'après l'article 151-8 du code de commerce, le secret n'est pas opposable si la divulgation de l'information dans un but de protection de l'intérêt général considérée comme secrète concerne une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible. *A contrario*, la révélation d'activités légales, d'un

comportement non constitutif d'une faute ou d'un comportement non répréhensible ne peut relever du champ de cette dérogation à la protection du secret des affaires. Ce troisième critère s'avère particulièrement restrictif en ce que la divulgation d'actes illégaux, présentant une menace grave pour l'intérêt général

¹⁹⁴ DROIN (N.), Diffamation et débat d'intérêt général / la bonne foi plie, mais ne rompt pas, Recueil Dalloz 2015, p.931.

¹⁹⁵ BIGOT (C.), Pratique du droit de la presse, 2^{ème} édition, Puf, Paris, 2017, p.156.

¹⁹⁶ Cass. Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n°14-81410, D. 2016 p.55, note A. SERINET ; BIGOT (C.), Pratique du droit de la presse, 2^{ème} édition, Puf, 2017, p.156.

¹⁹⁷ Voir Supra II)A)1).

sera sanctionnée par la loi relative à la protection du secret des affaires. Mme Marietta Karamanli (Nouvelle gauche) relevait à ce sujet qu'« à la différence des dispositions introduites dans notre droit par la loi « Sapin II » de 2016 qui protège les lanceurs d'alerte en cas de dénonciation d'une menace grave pour l'intérêt général, il n'est question dans la loi relative à la protection du secret des affaires que d'une

*protection en cas de dénonciation d'actes répréhensibles ou illégaux »*¹⁹⁸. Elle proposait à ce titre « **d'étendre la protection des lanceurs d'alerte en s'assurant que les actes légaux mais présentant une menace grave pour l'intérêt général sont aussi visés** »¹⁹⁹.

Les propositions de réforme

Le critère prévu dans l'article 151-8 du code de commerce selon lequel l'information obtenue, utilisée, divulguée doit porter sur une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible pour l'inopposabilité du secret des affaires pourrait être supprimé de l'article L.151-8 du code du commerce.

1.4. L'amende pour procédure abusive

Les textes

Droit commercial

Code de commerce – Article L152-8

Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €.

L'article L.152-8 du Code de commerce prévoit une sanction en cas de procédure dilatoire ou abusive une amende civile d'un

montant maximal de 60000 euros, qui ne peut être supérieur à 20% du montant de la demande de dommages et intérêts.

¹⁹⁸ AN, Rapport n°777, p. 16.

¹⁹⁹ *Idem.*

Les leviers

Il est possible d'invoquer l'article L.152-8 du code de commerce relatif aux procédures abusives en matière de protection du secret des affaires à l'appui d'un contentieux relatif à des poursuites assimilables à des poursuites bâillons pour sanctionner la procédure abusive.

Une décision récente, démontre l'usage pouvant être fait de la sanction de la procédure abusive en matière de liberté d'expression. Elle oppose le groupe France télévision au groupe Vincent Bolloré. C'est à la suite de la diffusion sur France 2 d'un reportage sur le groupe Bolloré que ce dernier a saisi le tribunal de commerce d'actes de dénigrement commis à son encontre du fait de la diffusion du reportage²⁰⁰. La société Vincent Bolloré a fait assigner la société de télévision devant le tribunal de commerce de Paris. Elle réclamait notamment la somme de 50 millions d'euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. La société France Télévisions s'estime quant à elle victime de harcèlement judiciaire du fait de cette action à son encontre qui s'ajoute à deux autres actions distinctes engagées à son encontre pour les mêmes faits. Elle avance également la tentative de contournement de la loi sur la presse par le Groupe Vincent Bolloré.

Par cette décision du 27 mars 2019, la Cour d'appel estime qu'en assignant la société France télévision devant le tribunal de commerce pour obtenir réparation à la suite de propos tenus dans une publication presse de la société France télévision, **le requérant « ne pouvait ignorer que la présente action visant à obtenir réparation à la suite de propos tenus dans une publication presse, ne pouvait ressortir de la compétence du tribunal de commerce en application d'une jurisprudence établie depuis de nombreuses années »**²⁰¹. Elle relève également « *le montant exorbitant des dommages et intérêts sollicités par la société [Vincent Bolloré]* »²⁰². Ces éléments lui permettent de caractériser l'abus de droit d'ester en justice par lequel elle condamne le requérant à l'allocation de la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral. Elle ajoute que 6000 euros devront être versés au titre des frais de procédure.

²⁰⁰ Cour d'appel de Paris, 27 mars 2019, n°18/15647, p.1.

²⁰¹ Cour d'appel de Paris, 27 mars 2019, n°18/15647, p.2.

²⁰² Cour d'appel de Paris, 27 mars 2019, n°18/15647, p.3.

Les leviers

Les éléments constitutifs de l'abus de procédure identifiables dans l'affaire Bolloré sont :

- Le montant exorbitant des dommages et intérêts sollicités par le requérant
- Le choix d'engager la procédure devant une juridiction manifestement incompétente

A noter

Les effets de ce mécanisme sont limités dans le cas des procédures stratégiques. En effet, la procédure étant en elle-même constitutive d'un bâillon (du fait du poids qu'elle exerce sur les associations, ONG, lanceurs d'alerte), les effets d'une sanction une fois la procédure engagée et achevée sont limités. Ce type de sanction pourrait être considéré comme efficace dans la

mesure où la sanction pour procédure dilatoire est d'une importance telle qu'elle puisse dissuader en amont l'auteur d'une procédure stratégique.

Or, la puissance économique des auteurs présumés de ces procédures est telle que le risque d'une dissuasion par l'infliction d'une amende de 60 000 € est faible²⁰³.

1.5. La délimitation de la protection du secret des affaires aux obtentions du secret « dans un but de concurrence illégitime »

La proposition d'amendement CL32 de M. Stéphane Peu avait pour but de « compléter la rédaction du texte pour le rendre plus explicite [...], plus fidèle à l'esprit de la directive en précisant que l'obtention du secret des affaires est illicite lorsqu'elle est opérée « dans un but de concurrence illégitime permettant aux bénéficiaires des informations de tirer un profit de manière indu d'investissements financiers, réalisés par un autre, portant

une atteinte aux intérêts de l'entreprise victime »²⁰⁴.

En abordant l'idée de concurrence et de profit, cette précision permettait de préserver la capacité d'agir des journalistes, lanceurs d'alerte ou syndicats. Cet amendement a été rejeté, considéré comme retreignant « considérablement la définition même du secret des affaires » par le rapporteur du texte M. Raphaël Gauvin²⁰⁵. Pourtant, c'est bien pour la

²⁰³ FABRICE RAKOTOARISON (T.), Loi sur la protection du secret des affaires, la fin de la liberté d'expression n'aura pas lieu, AJ Contrat 2018, p. 408.

²⁰⁴ *Ibid*, p. 46.

²⁰⁵ *Idem*.

« protection de l'innovation contre les pratiques malhonnêtes visant à obtenir des informations confidentielles dans le but de profiter de solutions innovantes sans supporter les coûts de recherche ou d'ingénierie correspondants »²⁰⁶ qu'a été adoptée la directive UE 2016/943. Selon l'obligation d'interprétation conforme (article 288, alinéa 3 du TFUE²⁰⁷), les juges

nationaux sont supposés prendre en compte cet objectif de la directive, ce qui signifie que **toute protection du secret des affaires n'entrant pas dans ce cadre de la protection de l'innovation contre la concurrence et le profit ne devraient pas bénéficier d'une protection au titre du régime de protection du secret des affaires.**

Les propositions de réforme

Limiter la protection du secret des affaires aux informations divulguées dans un contexte de concurrence illégitime en échange d'un profit permettrait de protéger les ONG d'être victimes de procédures stratégiques engagées sur le fondement de la loi relative à la protection du secret des affaires. La limitation de la portée de la protection du secret des affaires à la « protection de l'innovation contre les pratiques malhonnêtes visant à obtenir des informations confidentielles dans le but de profiter de solutions innovantes sans supporter les coûts de recherche ou d'ingénierie correspondants » peut être introduire dès l'article L.151-1 du Code du commerce qui traite des informations protégées au titre du secret des affaires.

2. Les ressources hors de la loi et de la directive relatives à la protection du secret des affaires

2.1. Le droit à un procès équitable

La Convention européenne des droits de l'homme garantit dans son article 6 que « **[t]oute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement** »²⁰⁸. Ainsi, la Cour estime qu'un procès n'est pas équitable s'il se déroule « dans des

conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse »²⁰⁹. Cette notion d'équité a été interprétée par la CEDH comme la nécessité de respecter le principe d'égalité des armes²¹⁰. **Le déséquilibre en présence**

²⁰⁶ Commission européenne, La Commission propose des règles pour la protection du secret d'affaires, 23 novembre 2013 – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1176_fr.htm?locale=fr.

²⁰⁷ Voir supra II)A)1

²⁰⁸ Convention européenne des droits de l'homme, *Op. cit.*, article 6.

²⁰⁹ CEDH, arrêt du 17 janvier 1970, *Affaire Delcourt c. Belgique*, requête n°2689/65, §34.

²¹⁰ CEDH, arrêt du 18 février 1997, *Affaire Nideröst-Huber c. Suisse*, requête n°18990/91, §23.

dans les poursuites opposant des multinationales à des militants est tel qu'il a pu être considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme une atteinte à l'article 6 de la ConvEDH qui garantit le droit à un procès équitable²¹¹. Dans l'affaire Steel et Morris contre Royaume-Unis, la Cour considère que le « *fait que les requérants n'aient pas bénéficié d'une aide judiciaire les a privé de la possibilité de défendre effectivement leur cause devant la justice et a entraîné une inégalité inacceptable* » constitue une violation de l'article 6§1 de la Convention²¹². Dans cette affaire, MacDonald avait engagé des poursuites à l'encontre de deux militants - requérants devant la CEDH - auteurs de tracts dénonçant les pratiques de MacDonald et ses conséquences sur la santé et l'environnement.

L'article 14 du PIDCP consacre également cette notion d'égalité des armes. Il dispose que « *[t]ous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice* »²¹³. Pour le Comité de droits de l'homme, le principe d'égalité des armes implique également qu'« *au-delà des armes juridiques, le*

justiciable dispos[e] bien, dans la pratique judiciaire concrète de l'Etat concerné, des moyens adéquats pour les utiliser, c'est-à-dire des moyens financiers, de l'aide juridique ainsi que du temps nécessaire pour préparer sa défense »²¹⁴.

En droit français, le principe d'égalité des armes a été inscrit par la loi du 15 juin 2000 dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui énonce que « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* »²¹⁵. Le Conseil constitutionnel a rappelé que « *le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »²¹⁶. Le Conseil d'Etat relève dans une décision du 27 octobre 1995 « *la nécessaire égalité des armes dans le procès* »²¹⁷.

²¹¹ CEDH, Affaire Steel et Morris c. Royaume-Unis, décision du 15 février 2005, Requête n°68416/01,

²¹² *Ibid*, §72.

²¹³ *Pacte international des droits civils et politiques*, adopté à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1967, RTNU, vol. 999, p. 171, n°14668, Article 14.

²¹⁴ DINTILHAC (J-P.), L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires, Cour de cassation, Etudes sur le thème de l'égalité, rapport annuel, 2003.

²¹⁵ Code de procédure pénale, article préliminaire.

²¹⁶ Conseil constitutionnel, DC 89-160 du 28 juillet 1989.

²¹⁷ Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, requête n°150703.

Les propositions de réforme

Les déséquilibres en présence dans le cadre des procédures stratégiques peuvent être considérés comme constitutifs d'une atteinte au principe de l'égalité des armes et entraîner une violation du droit à un procès juste et équitable. L'écart existant entre les moyens dont bénéficient les entreprises et les personnes victimes de ces procédures pourrait être considérée comme inacceptable et source d'inégalité des armes au même titre que l'absence d'aide judiciaire. La disproportion entre des moyens dont disposent les entreprises pour les frais de procédure, et la disproportion relative aux frais réclamés aux cours de l'instance sont deux indices symptomatiques d'une rupture de l'égalité des armes.

2.2. La protection des lanceurs d'alerte dans la loi Sapin II et dans le projet de directive en cours sur la protection des lanceurs d'alerte

2.2.1. La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

Les textes

Droit économique

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II)

Article 6

Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie publique a créé un régime de protection des lanceurs d'alerte. Les personnes

morales telles que les ONG sont exclues de cette définition des lanceurs d'alerte et ne peuvent par conséquent pas bénéficier de la protection de la loi Sapin II. Les secrets relatifs à la défense nationale, au secret

médical ou à la relation entre un avocat et son client sont également exclus de la protection de cette loi²¹⁸. Sont considérées comme lanceurs d'alertes les personnes

physiques qui agissent de manière désintéressée, sont de bonne foi, ayant eu personnellement accès à l'information.

2.2.2. Le projet de directive européenne

Un projet de directive sur les lanceurs d'alerte a été adopté par le Conseil, la Commission et le Parlement européen en mars dernier²¹⁹. Le gouvernement français « s'est beaucoup impliqué pour que la directive européenne soit calée sur le droit français issu de la loi Sapin 2²²⁰ ». Le texte européen a été adopté à l'unanimité par la commission des affaires juridiques et doit être adopté en séance plénière par le Parlement européen.

Le texte européen va plus loin que le droit français concernant les lanceurs d'alerte protégés, en incluant dans la protection en plus des travailleurs les actionnaires, anciens travailleurs et personnes travaillant pour des contractants, des sous-traitants et des fournisseurs, ou des tiers ayant aidé le lanceur d'alerte²²¹. Il n'existe cependant dans la loi Sapin et dans le projet de directive aucun levier exploitable par les journaliste, ONGs ou autres acteurs

extérieurs à l'entreprise. Le projet de directive reprend le dispositif de recueil d'alerte dans les entreprises de plus de cinquante salariés ou les collectivités de plus de 10 000 habitants prévus dans la loi Sapin II²²². Là où la loi Sapin II prévoit une protection pour les signalements portant sur « les menaces ou préjudices graves pour l'intérêt général »²²³, le projet de directive « se concentre sur les violations du droit dans les secteurs relevant du droit de l'Union européenne (marchés publics, services financiers, protection de l'environnement, sécurité sanitaire, santé publique [...] logiquement étendue à l'ensemble des violations d'une loi ou d'un règlement »²²⁴.

La France a tenté d'influencer le projet pour prioriser l'alerte en interne (au même

²¹⁸ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 6.

²¹⁹ Conseil de l'Europe, Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 14 mars 2019, Interinstitutionnel File : 2018/0106(COD).

²²⁰ Loi n°2016-1691 du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 6.

²²¹ Conseil de l'Europe, Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, *Op. cit.* Article 2.

²²² Loi n°2016-1691 du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 6.

²²³ Loi n°2016-1691 du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JO du 10 Décembre 2016, texte n)2, JCP E 2016 article 6.

²²⁴ La Croix, 12.03.2019, L'UE adopte un bouclier pour les lanceurs d'alerte, <https://www.la-croix.com/Monde/Europe/LUE-adopte-bouclier-lanceurs-dalerte-2019-03-12-1201008288>, consulté le 6 avril 2019 ; Januel (P.), Lanceurs d'alerte : les apports de la directive pour une meilleure protection, Dalloz actualité, le 20 mars 2019.

titre que la loi française²²⁵), mais le projet prévoit malgré tout une possibilité d'alerte à des autorités administratives ou judiciaires²²⁶. Ce signalement devra être fait « *de manière désintéressée* » et de « *bonne foi* »²²⁷. Dans le projet de directive, « *l'alerte à des autorités administratives ou judiciaires (externe) est facilitée par*

rapport au droit français, qui prévoit des critères plus stricts »²²⁸. La création d'une autorité administrative indépendante permettrait de soutenir les lanceurs d'alerte, et « *d'institutionnaliser la révélation d'informations et de donner une plus grande échelle à l'alerte éthique* »²²⁹.

2.2.3. Les leviers issus du régime de protection des lanceurs d'alerte

Les textes

Droit commercial

Code de commerce

Article L. 151-4

Art. L. 151-4.-L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte notamment :

« 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; [...] [lorsqu'elle est réalisée [...] en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret »

D'après l'article L.151-4 du code de commerce, l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle résulte d'un accès non autorisé à l'information protégée. L'existence d'un régime de protection des lanceurs d'alerte tel que celui de la protection des lanceurs d'alerte dans la loi dite « Sapin II » permet d'identifier l'information obtenue dans ce cadre comme étant licite. Ainsi, une ONG qui obtient une information par le biais

d'un individu bénéficiant du régime de protection issu de la loi « Sapin II » pourra faire prévaloir la licéité de l'obtention de l'information même si celle-ci est protégée au titre de la loi relative à la protection du secret des affaires. Le régime qui résultera de la transcription future du projet de directive européenne pourra également servir d'appui aux ONG pour faire reconnaître le caractère licite de l'obtention d'un secret des affaires.

²²⁵ Loi n°2016-1691 du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 16.

²²⁶ Conseil de l'Europe, Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, *Op. cit.* article 14a.

²²⁷ Conseil de l'Europe, Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the

protection of persons reporting on breaches of Union law, *Op. cit.* article 2.

²²⁸ JANUEL (P.), Lanceurs d'alerte : les apports de la directive pour une meilleure protection, 20 mars 2019.

²²⁹ MARCHAND (J.), Le droit d'alerte, entre transparence et secret, La revue des droits de l'homme, 2016, §14.

Les leviers de protection

L'obtention d'informations par le biais des bénéficiaires de la protection des lanceurs d'alerte permet de justifier d'un moyen d'obtention licite du secret des affaires. Le moyen d'obtention du secret des affaires ne pourra pas être considéré comme illicite s'il a été obtenu dans le cadre de la procédure d'alerte issue de la loi française sur la protection des lanceurs d'alerte ou du régime qui sera issu de la directive européenne.

2.3. Une législation relative à la prévention des procédures stratégiques : le modèle québécois

Une législation sur la prévention des procédures stratégiques a été adoptée au Québec par le biais de la loi modifiant le code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics²³⁰. Elle a pour but de **prévenir l'utilisation abusive des tribunaux, et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics**²³¹. Elle affirme « *l'importance de prévenir l'utilisation abusive des tribunaux, notamment pour*

empêcher qu'ils ne soient utilisés pour limiter le droit des citoyens de participer à des débats publics, et afin de favoriser l'accès à la justice pour tous les citoyens et de veiller à favoriser un meilleur équilibre dans les forces économiques des parties à une action en justice »²³².

Le législateur estimait que le préambule de la loi québécoise avait pour but d'encourager les juges à être interventionnistes²³³. Bien qu'ils le soient parfois²³⁴, il reste cependant de nombreuses affaires dans lesquelles le juge

²³⁰ Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, sanctionné le 4 juin 2009.

²³¹ *Idem*.

²³² Préambule de la loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, issu du projet de loi n°9, 2009, chapitre 12, adopté le 3 juin 2009, disponible en ligne.

²³³ Québec, Assemblée nationale, Journal des débats de la Commission permanente des institutions, 1re sess., 39e légis., 26 mai 2009, « Étude détaillée du projet de loi no 9 – Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics », 16 h 10.

²³⁴ Corriveau c. Canoe inc., 2010 ; QCCS 3396, §133 ; LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.291.

interprète la volonté du législateur de manière restrictive et reste en retrait²³⁵. Certains juges justifient la décision de rejet de la procédure comme permettant d'éviter de mobiliser les ressources

judiciaires inutilement²³⁶ et que les défendeurs n'engagent des coûts excessifs en temps, en énergie et en ressource, pour répondre à une procédure qui n'a aucune chance de succès²³⁷

2.3.1. La possibilité de rejet de la procédure abusive

Les textes

Code de procédure civile québécois

Article 54-1

Les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office après avoir entendu les parties sur le point, déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive.

L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent. Il peut aussi résulter de la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics.

D'après l'article 54-1 du Code de procédure civile québécois, **les tribunaux peuvent à tout moment déclarer une demande en justice ou un autre acte de procédure abusif**. Ils disposent à ce titre d'un large pouvoir et peuvent déclarer la demande abusive sur demande ou d'office, et sanctionner la partie qui agit de manière abusive. L'abus est caractérisé dès lors qu'une demande en justice ou un acte de

procédure est « *manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent* »²³⁸. Il peut également résulter de « *la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats*

²³⁵ *Complexe Estrie Enviropôle c. Lavingne*, 2010, QCCS 3761; Lemonde (L.), P.Bélair (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.278.

²³⁶ *Carignan c. Bourgeois*, éààç, QCCS 4047; Lemonde (L.), P.Bélair (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la

confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.309.

²³⁷ *Guimont c. RNM Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109, §54. Lemonde (L.), P.Bélair (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.309.

²³⁸ Code de procédure civile québécois, article 54-1.

publics »²³⁹. Le législateur a retenu la formule « *qui a pour effet de limiter la liberté d'expression* » plutôt que « la procédure qui vise à limiter la liberté »²⁴⁰. D'après la conseillère juridique de la ministre de la Justice québécoise Madame

Marie-Josée Longtin la formulation « qui a pour effet de limiter la liberté d'expression » permet d'éviter que la partie ait à prouver ou donner des éléments de preuve sur l'intention de l'auteur de la procédure stratégique²⁴¹.

2.3.2. Le renversement de la charge de la preuve

Les textes

Code de procédure civile québécois

Article 54-2

Si une partie établit sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient à la partie qui l'introduit de démontrer que son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit.

Lorsque la partie défenderesse établit sommairement que la demande peut constituer un abus, la charge de la preuve de l'abus de procédure ne pèse plus sur elle. Il revient alors à la partie demanderesse qui a engagé la procédure de prouver que cette dernière n'est pas abusive. Le terme « sommairement » a pu être interprété par les juges comme

l'équivalence de l'expression « à première vue »²⁴², comme ne justifiant qu'« une démonstration réduite à sa forme la plus simple »²⁴³. Cependant, quand certains juges estiment que ce terme « *correspond à une volonté de favoriser l'allègement du fardeau de preuve de celui qui présente la requête en rejet* »²⁴⁴ d'autres ne voient pas dans cette disposition un allègement du

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.286.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² *Québec inc. c. Galipeau inc.*, 2010 QCCS 3427 [Galipeau no 1], paragraphe 44 ; LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.300.

²⁴³ *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.* 2010 4052, §14 ; LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.293.

²⁴⁴ *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2010 QCCS 3452, §15 ; LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.300.

degré de la preuve²⁴⁵. Dans l'affaire *McKibben v. Townend et al*²⁴⁶, le juge estime que l'article 54.2 n'allège pas le degré de preuve exigé pour la partie défenderesse. Dans l'affaire *Acadia Subaru*, la Cour d'appel estime que le fardeau de la preuve reste considérable pour la partie défenderesse²⁴⁷. Il incombe donc d'après certains juges à la personne qui demande le rejet d'une procédure de prouver son caractère abusif « au-delà de la prépondérance de preuve et convaincre

le juge qu'il n'y a aucun espoir raisonnable de succès »²⁴⁸. Cette interprétation de l'article 54.2 du code de procédure civile peut paraître « peu conciliable avec le choix délibéré des mots démontrer sommairement qu'elle peut constituer un abus »²⁴⁹. Les groupes de travail du projet de loi proposaient un allègement de la preuve plus important que celui en vigueur dans l'article 54.2 du code de procédure civil.

Les propositions de réforme

L'introduction d'une disposition dans la loi 2018-670 permettant le renversement de la charge de la preuve pourrait être envisagée en droit français. L'adoption d'une disposition moins libre d'interprétation par les juges que celle prévue dans l'article 54-2 du code de procédure civile québécois pourrait être envisagée afin que le renversement de la charge de la preuve soit effectif dans le cas d'une apparence de procédure abusive.

²⁴⁵ *McKibben c. Townend et al.*, 2011 QCCS 135, §4 ; Lemonde (L.), P.Bélair (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.300.

²⁴⁶ *McKibben v. Townend et al.*, 2011 QCCS 135, §4 ; Lemonde (L.), P.Bélair (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.300.

²⁴⁷ *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, §78 ; LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières

interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.301.

²⁴⁸ LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.301.

²⁴⁹ LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.301.

2.3.3. Les dommages compensatoires

D'après l'article 54.4 du code de procédure civile, « le tribunal peut [...] condamner une partie à payer [...] des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie,

et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou [...] attribuer des dommages-intérêts punitifs ». Cet article a été élaboré pour permettre la réparation et représente d'après le législateur une mesure de dissuasion

Les textes

Code de procédure civile québécois Article 54-4

Le tribunal peut, en se prononçant sur le caractère abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, ordonner, le cas échéant, le remboursement de la provision versée pour les frais de l'instance, condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs.

Lorsque l'abus est le fait d'une personne morale ou d'une personne qui agit en qualité d'administrateur du bien d'autrui, les administrateurs et les dirigeants de la personne morale [...] peuvent être condamnés personnellement au paiement des dommages-intérêts »¹.

notamment pour compenser les honoraires

importante.

A noter

Tout comme en France, la portée de cette disposition pour dissuader les entreprises d'engager des procédures stratégiques reste limitée étant donné leur puissance économique. Cependant, la condamnation personnelle des administrateurs ou dirigeants de la personne morale peut présenter une dimension dissuasive plus importante. Sur le plan de la réparation, le tribunal après avoir conclu au caractère

abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, condamner une partie à payer, outre les dépens, de dommages et intérêts pour compenser les dommages moraux, tels que l'atteinte à la vie privée, la perte de jouissance, le stress, l'anxiété et l'anxiété²⁵⁰, les sommes payées inutilement en honoraires et en débours extrajudiciaires²⁵¹, les frais de déplacement

²⁵⁰ G.L. c. Y.L., 2010, GWWS 3396, §147 ; LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et

les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.310.

²⁵¹ *Ibid*, §105.

et d'hébergement²⁵² ou la perte de revenus²⁵³. Pour évaluer le montant à octroyer en matière de dommages compensatoires, les juges tiennent compte de la nature, de la complexité et de la durée des procédures judiciaires²⁵⁴, des

embûches posées par le demandeur²⁵⁵, du comportement quérulent ou vexatoire, de la mauvaise foi ou de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable²⁵⁶.

²⁵² *Guénard c. Houle*, 2010 QCCS, §150 ; *LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres*, 2011, *Revue du Barreau*, p.311.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915, par. 45 et 46.

²⁵⁵ 9176-1874 Québec inc c. Dion, 2009, QQCS 5762.

²⁵⁶ *Geysens c. Julien*, 2009, QCCQ 10013, §34.

Les propositions de réforme

Les tribunaux québécois ont dégagé un faisceau d'indices basé sur les dommages moraux et matériels provoqués par les procédures stratégiques. Cette méthode pourrait être « transposée » en droit français, par le biais de la jurisprudence.

Les dommages punitifs seraient quant à eux réservés aux cas les plus graves²⁵⁷, d'abus patents²⁵⁸, à la présence de comportements outrageants²⁵⁹

2.3.4. La provision pour frais

Les textes

Code de procédure civile québécois

Article 54-3

[...] lorsqu'il paraît y avoir un abus, le tribunal peut, s'il l'estime approprié :

[...] 5° ordonner à la partie qui a introduit la demande en justice ou l'acte de procédure de verser à l'autre partie, sous peine de rejet de la demande ou de l'acte, une provision pour les frais de l'instance, si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide cette partie risque de se retrouver dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement.

L'article 54.3 du code de procédure civile prévoit la possibilité d'une provision pour frais « pour assurer l'équité du procès et la saine administration de la justice »²⁶⁰. Le juge peut ordonner le versement de cette provision pour frais « si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide cette partie risque de se retrouver dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement »²⁶¹. Elle est cependant

rarement octroyée comme le reconnaît le ministre de la justice québécois, qui estime que la possibilité d'octroi d'une provision s'accorde avec l'esprit du reste du projet de loi qui est d'encourager le juge à être interventionniste²⁶². L'intention du législateur était donc de permettre l'intervention du juge pour que le procès se déroule de manière équilibrée sans que l'une des parties ne soit désavantagée matériellement pour mener à bien sa

²⁵⁷ *Clinique Ovo inc. c. Curalab inc.*, 2010 QCCA 1214, § 19.

²⁵⁸ *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010, QCCS 3396, §150.

²⁵⁹ *Finexorp, inc c. Délices d Mghreb inc.*, 2009 QCCP 9862, §63.

²⁶⁰ LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.286.

²⁶¹ Code de procédure civile québécois, article 54.3, al. 2(5°).

²⁶² LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p. 295.

défense. L'octroi d'une provision pour frais pourrait être envisagée en droit français au même titre que dans le Code de procédure

civile québécois tout en étant rattaché au principe de l'égalité des armes²⁶³.

2.3.5. L'abus de droit

Les textes

Code de procédure civile québécois

Article 54-1

Les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office après avoir entendu les parties sur le point, déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive.

L'article 54-1 du code de procédure civil québécois prévoit la possibilité pour les tribunaux déclarer une demande en justice ou un autre acte de procédure abusif. Selon les tribunaux québécois, l'abus ne se présume pas. Ainsi la mauvaise foi, l'intention de nuire, la témérité, le comportement blâmable, restent la base pour qualifier l'existence d'un abus de droit²⁶⁴. Dans la décision *Barrick Gold*, le juge résume la démarche suivie par les tribunaux pour apprécier l'existence d'un abus de droit. Ainsi, il estime que « [l] tribunal se limite à décider : 1) Si les auteurs et la maison d'édition ont établi sommairement que l'action peut constituer un abus 2) Que la procédure n'est pas excessive ni déraisonnable 3) En cas d'abus, s'il doit rejeter l'action ou en modifier les

*conclusions 4) En cas d'apparence d'abus, s'il doit ordonner le versement d'une provision pour les frais de l'instance »*²⁶⁵.

Pour qualifier la poursuite d'abus, les juges vont analyser l'intention qui guide cette poursuite et vérifier si la poursuite constitue un détournement de la justice, un élément d'intimidation ou cherche à réduire au silence ceux auxquels elle s'adresse²⁶⁶. Ils vont pour cela relever « *le fait que la poursuite cible un individu en particulier*²⁶⁷, *le fait que le poursuivant affirme dans sa requête qu'il versera le montant accordé à un organisme de charité*²⁶⁸, *le montant exorbitant des dommages réclamés*²⁶⁹, *le fait que les dommages allégués soient vagues et imprécis*²⁷⁰, *le fait que les critiques soit fondées sur des griefs sérieux*²⁷¹, la

²⁶³ Voir supra

²⁶⁴ *Ibid*, p.295. ; *Royal Lepage commercial inc. C. 109650 Canada Ltd*, 2007 QCCA 915, §§ 45 et 46.

²⁶⁵ *Barrick Gold*, supra, note 5, par. 18.

²⁶⁶ *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, §82

²⁶⁷ *Ibid*, §83.

²⁶⁸ *Ibid*, §84.

²⁶⁹ 2332-4197 Québec inc. c. Galipeau inc., 2010 QCCS 3427

²⁷⁰ *Idem*.

²⁷¹ *Idem*.

connaissance de l'impécuniosité de la partie défenderesse²⁷² et l'impact négatif sur la liberté d'expression du défendeur et d'autres personnes²⁷³ »²⁷⁴. Ainsi, dans les affaires *Barrick Gold* et *Galipeau*, le juge va

utiliser les montants très élevés réclamés par les entreprises (6 millions \$ et 1 250 000 \$) comme indices pour déterminer que le but de la demande est d'intimider les auteurs des publications litigieuses²⁷⁵.

Les propositions de réforme

En droit français, l'abus de droit est le fait, pour une personne, de commettre une faute par le dépassement des limites d'exercice d'un droit qui lui est conféré, soit en le détournant de sa finalité, soit dans le but de nuire à autrui¹. Les éléments constitutifs de l'abus de droit dégagés dans la jurisprudence québécois pourraient servir de faisceau d'indices pour caractériser l'abus par la jurisprudence française lorsqu'il existe un risque de procédure-stratégique. L'individu ciblé par la poursuite, le montant excessif et vague réclamé et l'impact de la poursuite sur la liberté d'expression peuvent constituer trois critères permettant d'évaluer le caractère abusif d'une procédure dans le contentieux relatif à la protection du secret des affaires.

2.3.6. Les propositions issues du processus législatif québécois

La réforme québécoise anti-SLAPP avait pour objectif « la protection du droit à la liberté d'expression et d'opinion politique, l'interruption rapide des poursuites bâillons en cours d'instance, pour la dissuasion des initiateurs de procédures stratégiques, pour le maintien de l'intégrité et des finalités de l'institution judiciaire et pour l'accès à la justice »²⁷⁶. Différentes solutions étaient avaient été mises en

avant dans le rapport Macdonald. La première portait sur « l'adoption d'une loi spécifique contre les poursuites-bâillons reconnaissant le droit à la participation publique et prévoyant l'établissement d'une procédure judiciaire spécifique d'urgence, le renversement du fardeau de la preuve, le versement d'une provision pour frais et l'octroi de dommages et intérêts exemplaires »²⁷⁷.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ *Ibid*, §32.

²⁷⁴ LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, *Revue du Barreau*, p.303.

²⁷⁵ *Affaire Barrick Gold*, *Op. cit.*, §26. ; *Affaire Galipeau*, *Op. cit.*, §56.

²⁷⁶ Rapport Macdonald, *supra*, note 7, p. 76 ; LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la

confusion des genres, 2011, *Revue du Barreau*, p.280

²⁷⁷

Québec, ministère de la Justice, Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP), rapport du Comité au ministre de la Justice par Roderick A. Macdonald (président), Pierre Noreau et Daniel Jutras, Montréal, 15 mars 2007, p. 76, en ligne : <www.justice.gouv.qc.ca/Francais/publications/rapports/pdf/slapp.pdf> (ci-après « rapport Macdonald ») ; Lemonde (L.), P.Bélaïr (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles

La deuxième portait sur « l'adoption d'une loi spécifique contre les poursuites-bâillons reconnaissant le droit à la participation des citoyens au débat public et à l'exercice de la liberté d'expression »²⁷⁸. Ces propositions peuvent servir d'appui à une réforme en droit française pour

l'introduction d'une réelle protection des victimes potentielles de procédures stratégiques, afin de contrebalancer le poids de la directive 2016/943 et de la loi de 2018 relatives à la protection du secret des affaires.

Les propositions de réforme

Les propositions issues du rapport Macdonald peuvent être reprises pour l'introduction d'un régime de protection des victimes de procédures stratégiques :

- L'adoption d'une loi spécifique contre les procédures stratégiques reconnaissant le droit à la participation publique et prévoyant l'établissement d'une procédure judiciaire spécifique d'urgence, le renversement du fardeau de la preuve, le versement d'une provision pour frais et l'octroi de dommages et intérêts exemplaires.
- L'adoption d'une loi spécifique contre les procédures stratégiques reconnaissant le droit à la participation des citoyens au débat public et à l'exercice de la liberté d'expression

dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.281.

²⁷⁸ LEMONDE (L.), P.BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les

poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.281.

Pour aller plus loin

L'accès à l'information en amont de l'engagement d'une procédure stratégique : l'exemple du droit de l'environnement.

1. Le droit d'accès à l'information relative à l'environnement

Le droit de l'environnement est consacré dans divers instruments juridiques²⁷⁹ tant au niveau international qu'en droit européen. Le droit d'accès à l'information environnemental est consacré comme une liberté fondamentale²⁸⁰. Ce droit d'accès à l'information garantit le processus de participation du public dans la mise en place et surveillance des décisions qui touchent l'environnement.

C'est au contact du droit de l'environnement que le droit à l'information s'est progressivement développé et transformé²⁸¹. De nouvelles revendications émergent du fait de « *l'évolution économique et sociale, la dimension nouvelle de l'aménagement du territoire, le développement des grands travaux (autoroutes, centrales nucléaires, littoral)* »²⁸². Le droit à l'information général entendu comme « *le droit pour toute personne d'accéder à des informations ou à des données détenues par d'autres et envisagé dans sa dimension de*

liberté collective permettant l'accès à des documents généraux »²⁸³ va rapidement démontrer ses limites face à la technicité et la complexité des phénomènes environnementaux²⁸⁴. On peut aller jusqu'à affirmer qu'il existe deux types de droit à l'information : « *le droit général à l'information, reconnu en tant que droit de l'homme et le droit à l'information dans le domaine de l'environnement* »²⁸⁵.

En effet, « *l'accès à l'information environnementale bénéficie d'un régime juridique spécial, plus favorable que le régime général de la communication des documents administratifs (...) le champ d'application du droit d'accéder à l'information environnementale dépasse celui d'accéder aux documents administratifs et n'est pas soumis à l'ensemble de ses limites* »²⁸⁶. Le régime juridique du droit à l'information en matière de l'environnement est énoncé aux articles L 123-1-A et suivants du Code

²⁷⁹ A voir Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement ; Convention d'Aarhus ; Charte de l'environnement ; Directive No. 2003/4 du 28 janvier 2003 relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement ; entre autres.

²⁸⁰ DELZANGES (H), FLEURY (M), MONNIER (L), *Droit À l'information Environnementale Vs. Secret Industriel Et Commercial: Une Conciliation À l'épreuve En Droit Nucléaire*. 2018, P. 676. Disponible en ligne sur le lien <file:///C:/Users/diana/AppData/Local/Packages/Mi>

[crossoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/DelzanglesFleuryMonnier%20\(1\).pdf](https://crossoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/DelzanglesFleuryMonnier%20(1).pdf)

²⁸¹ JAMAY (F), *Le droit à l'information : un principe général du droit de l'environnement*. Thèse pour le doctorat du droit public - Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne. Présentée et soutenue publiquement le 12 janvier 1998, p 4

²⁸² *Ibidem*, p 6.

²⁸³ *Ibidem*, p. 4

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 125.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁸⁶ *Ibidem* p. 677.

de l'environnement²⁸⁷. Le droit d'accès à l'information environnementale comprend, entre autres, les activités relatives à « *la sécurité d'une activité lorsqu'elle peut altérer l'environnement, les informations relatives à la santé humaine ou encore les informations économiques relatives à la prise de décisions ou la conduite des activités ayant une incidence sur l'environnement* »²⁸⁸.

Sur ce point, Michel Prieur estime que « *pendant longtemps, les politiques de l'environnement se heurtaient à des traditions de secret administratif confortées par le traditionnel secret industriel et commercial en matière de production industrielle et le secret défense en matière nucléaire. Le caractère technique et complexe des problèmes d'environnement et l'incertitude ou l'ignorance scientifique servaient de justification au refus de communiquer des données à une population* »²⁸⁹. Le droit à un

environnement sain se heurtait à l'intérêt économique des entreprises privées²⁹⁰. Le droit économique était structuré de telle sorte que la transmission des informations relatives au droit de l'environnement en était affectée.

L'opacité entretenue par le droit économique en la matière s'est heurtée à une demande d'information croissante liée au « *besoin de comprendre et la place grandissante de l'environnement dans les décisions publiques* »²⁹¹. Des structures d'informations et d'alerte de la population ont peu à peu émergé²⁹². En droit de l'Union européenne, la mesure de ce besoin d'information s'est traduite avec la mise en place d'une politique européenne de l'environnement. Cette politique environnementale était présentée comme permettant le renforcement de « *la participation des citoyens à l'élaboration et la mise en œuvre de la politique de l'environnement* »²⁹³.

²⁸⁷ Code de l'environnement, Article L123-1-A.

²⁸⁸ JAMAY (F), *Op. Cit.*

²⁸⁹ PRIEUR (M). Le droit à l'information en matière d'environnement dans les pays de l'Union européenne : étude de droit comparé. Association européenne de droit de l'environnement ; Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de

l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme, 1997, pp. 9-10.

²⁹⁰ *Ibidem*, p.17-18.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² Code de l'environnement, article L 124-2 modifié par Loi n°2005-1319 du 26 octobre 2005 - art. 2 JORF 27 octobre 2005. PRIEUR (M). *Op. Ci.*

²⁹³ JAMAY (F), *Op. Ci.*, p. 125

Ainsi, au regard du droit à la protection de l'environnement, il existe un droit d'accès à l'information environnementale, consacré comme une liberté fondamentale, qui garantit le processus de participation du public dans la mise en place et surveillance des décisions qui touchent l'environnement. **Le régime juridique est énoncé aux articles L 123-1-A et suivants du Code de l'environnement** et comprend, entre autres, **les activités relatives à la sécurité d'une activité lorsqu'elle peut altérer l'environnement, les informations relatives à la santé humaine ou encore les informations économiques relatives à la prise de décisions ou la conduite des activités ayant une incidence sur l'environnement.**

2. La définition d'information relative à l'environnement

Aux termes de la Circulaire du 18 octobre 2007²⁹⁴ il s'agit de toute information disponible quel qu'en soit le support, sous forme écrite, visuelle, sonore, électronique ou sous autre forme matérielle et concernant les domaines suivants²⁹⁵ :

- L'état des éléments de l'environnement ainsi que les interactions entre ces éléments (air, atmosphère, eau, sol, terres, paysages et sites naturels, zones côtières et marines, diversité biologique et ses composantes...);
- Les facteurs (substances, énergie, bruit, rayonnements, déchets, émissions, déversements et autres rejets dans l'environnement...), les décisions et les

activités qui ont ou peuvent avoir des incidences sur les éléments de l'environnement.

- L'état de la santé humaine, la sécurité et les conditions de vie des personnes, les constructions et le patrimoine culturel, qui sont ou peuvent être altérés par les éléments de l'environnement, les décisions, les activités ou les facteurs précédemment cités ayant une incidence sur l'environnement.
- Les analyses et hypothèses économiques utilisées pour prendre les décisions ou conduire les activités liées à l'environnement.

²⁹⁴ Circulaire du 18 Octobre 2007 relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement ; Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables.

https://www.toutsurlenvironnement.fr/sites/default/files/files/circulaire_aarhus.pdf

²⁹⁵ Code de l'environnement, Article L 124-2 modifié par Loi n°2005-1319 du 26 octobre 2005 - art. 2 JORF 27 octobre 2005.

- Les rapports établis par les autorités publiques ou pour leur compte sur

l'application de la réglementation relative à l'environnement.

Les textes

Droit de l'Environnement

Circulaire du 18 octobre 2007, relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le **droit d'accès à l'information relative à l'environnement** ; Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables.

Les informations environnementales devant faire l'objet d'une diffusion publique comprennent au moins :

- Les traités, conventions et accords internationaux, la législation ou réglementation communautaire, nationale, régionale ou locale concernant l'environnement ;
- Les plans et programmes et les documents définissant les politiques publiques qui ont trait à l'environnement ;
- Les rapports établis par les autorités publiques ou pour leur compte relatif à l'état d'avancement des textes et actions précédemment cités lorsqu'ils sont élaborés ou conservés sous forme électronique ;
- Les rapports établis par les autorités publiques sur l'état de l'environnement ;
- Les données relatives à des activités ayant une incidence sur l'environnement ;
- Les autorisations qui ont un impact significatif sur l'environnement et les accords environnementaux ;
- Les études d'impact environnemental et les évaluations de risques concernant les éléments de l'environnement.

→ On entend par toute information "disponible" les informations "détenues, reçues ou établies"²⁹⁶ par les autorités les autorités publiques concernées, autrement dit en leur possession. Il n'est donc pas

nécessaire d'être l'administration qui a collecté l'information pour devoir la communiquer, dans le respect des procédures.

²⁹⁶ Circulaire du 18 Octobre 2007. *Op. Cit.*

Les leviers

Il est possible d'invoquer l'article L 124-2 modifié par Loi n°2005-1319 du 26 octobre 2005 - art. 2 JORF 27 octobre 2005 du Code de l'environnement, concernant les informations relevant de ces textes qui doivent faire l'objet d'une diffusion publique.

3. Le cadre juridique du droit d'accès à l'information environnementale

3.1. Le droit international

3.1.1. Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement

La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992 consacre 27 principes. Parmi eux la protection de l'environnement, le respect des générations présentes et futures, l'élimination des modes de production et de consommation non durables, etc. Elle prévoit que *« la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de*

*participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré »*²⁹⁷.

Cela représente la garantie de la démocratie participative essentielle à l'implication des citoyens dans le processus décisionnel. Ce texte juridiquement non contraignant a inspiré plusieurs instruments juridiques dans le cadre du droit de l'Union européenne et du droit interne.

²⁹⁷ Déclaration de Rio sur l'environnement et le Développement, Rio de Janeiro, Brésil, 14 juin 1992. Article 10 Disponible en ligne sur le lien

<https://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

Les ONG/particuliers peuvent se prévaloir de cette disposition sur l'environnement et le développement comme une disposition de *Soft Law* à l'appui d'un contentieux relatif à l'accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques.

3.1.2. Convention d'Aarhus

Le texte officiel de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière de l'environnement, appelée « Convention d'Aarhus » date du 25 juin 1998²⁹⁸. Les prémices de la Convention remontent à la Déclaration de Rio du 14 juin 1992²⁹⁹ qui affirme dans son article 10 que « *la meilleure façon de traiter les questions de l'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens* »³⁰⁰.

La Convention est entrée en vigueur le 30 octobre 2001, en France, elle est entrée en vigueur le 6 octobre 2002, à travers la loi no. 2002-285 du 28 février 2002, autorisant l'approbation de la Convention, et le décret no. 2002-1187 du 12 septembre 2002, portant sa publication. Chaque Etat ayant ratifié le texte doit communiquer au Secrétariat International de la Convention un rapport tous les deux à trois ans sur la mise en œuvre des dispositions de celle-ci. Le texte reconnaît qu'une protection adéquate de l'environnement est essentielle au bien-être de l'homme ainsi qu'à la jouissance des droits

fondamentaux. Il prévoit dans son préambule « *qu'afin d'être en mesure de faire valoir ce droit et de s'acquitter de ce devoir, les citoyens doivent avoir accès à l'information, habilités à participer au processus décisionnel et avoir accès à la justice en matière d'environnement, étant entendu qu'ils peuvent avoir besoin d'une assistance pour exercer leurs droits* »³⁰¹. Ainsi, toute personne a le droit d'être informée, de s'engager dans les décisions qui touchent l'environnement et d'exercer des recours, en offrant aux citoyens une place dans le débat public sur ce sujet.

L'objectif est de rappeler les obligations des autorités publiques de communiquer ou diffuser des informations environnementales. Cette obligation incombe à l'Etat et ses services, aux collectivités territoriales et leurs services ainsi qu'aux groupements, aux établissements publics, aux personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public en rapport avec l'environnement³⁰².

²⁹⁸ Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Disponible en ligne sur le lien <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1860/Convention.pdf>

²⁹⁹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le Développement, *Op. Ci*, article 10.

³⁰⁰ *Idem*, article 10

³⁰¹ Convention d'Aarhus, Préambule.

³⁰² Circulaire du 18 Octobre 2007, *Op. Ci*.

La Convention consacre trois leviers principaux en termes de droits fondamentaux en faveur des citoyens et des associations environnementales : (i) l'accès à l'information sur l'environnement, (ii) la participation au processus décisionnel et (iii) l'accès à la justice.

Premièrement, en ce qui concerne *l'accès à l'information relative à l'environnement*, les autorités publiques sont tenues de communiquer les informations sur l'environnement qu'elles détiennent ou qui sont détenues pour leur compte aux personnes qui en font la demande. Ce droit est ouvert à toute personne, physique ou morale, sans que le demandeur ait à justifier d'un intérêt. Cette communication se fait dans le respect de certaines modalités particulières et sous réserve de certains motifs pouvant justifier une décision de refus.

En deuxième lieu, la *participation du public au processus décisionnel* est fondée sur le principe 10 de la Déclaration de Rio : « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens »³⁰³. La

participation se définit donc comme le « principe selon lequel le corps social est pleinement associé à l'élaboration de projets et de décisions publics ayant une incidence sur l'environnement, et dispose d'une possibilité de recours une fois la décision prise »³⁰⁴.

L'accès à la justice en matière d'environnement constitue le troisième levier de la Convention d'Aarhus. Il accorde, particulièrement aux citoyens et aux associations qui les représentent, le droit de faire condamner et réparer les manquements des autorités publiques en ce qui concerne l'accès à l'information sur l'environnement et la participation du public au processus décisionnel. Compris dans un large sens, l'accès à la justice vise aussi la possibilité de contester toute transgression de la législation environnementale, qu'elle soit le fait d'une personne, publique ou non. L'article 9 paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus précise les procédures juridictionnelles dont doit disposer le public pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre du droit national de l'environnement.

³⁰³ Déclaration de Rio sur l'environnement et le Développement, *Op. Ci*, article 10.

³⁰⁴ Définition de la Commission Nationale de Terminologie et de Néologie, vocabulaire de l'environnement, JORF n°0087 du 12 avril 2009.

3.2. Le droit de l'Union européenne

La directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil

Dans le domaine du droit à l'environnement, l'Union européenne a approuvé la Convention d'Aarhus le 17 février 2005. Le premier pilier concernant l'accès du public à l'information a été mis en œuvre par la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, et abrogeant la Directive

90/313/CE à partir du 14 février 2005. Le but est de garantir la liberté d'accès à l'information environnementale détenue par les autorités publiques, ainsi que sa diffusion, et de fixer les conditions nécessaires et les modalités par lesquelles cette information doit être rendue accessible.

3.3. Droit national

3.3.1. Charte de l'environnement

La loi constitutionnelle no. 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement consacre un droit à valeur constitutionnelle d'accès aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. En

application de l'article 7 de la Charte « toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »³⁰⁵.

3.3.2. Code de l'environnement

Les articles L 124-1 à L 124-8, issus de la loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire en matière d'environnement, et R. 124-1 à R. 124-5 issus du décret n° 2006-578 du 22 mai 2006 relatif à l'information et à la participation du public en matière d'environnement.

L'article L.124-7 du code de l'environnement précise que les autorités

publiques prennent les mesures permettant au public de connaître ses droits d'accès aux informations relatives à l'environnement. Ces dispositions soumettent l'accès à l'information relative à l'environnement aux dispositions générales de la loi no. 78-753 du 17 juillet 1978³⁰⁶. Par ailleurs, diverses dispositions prévoient une communication ou une publicité de certains documents :

³⁰⁵ Charte de l'environnement (loi constitutionnelle no. 2005-205 du 1^{er} mars 2005). Article 7.

³⁰⁶ Régissant l'accès aux documents administratifs mentionnée précédemment, et prévoient certaines

modalités particulières qui résultent de la Convention d'Aarhus et du droit communautaire.

SUJET	ARTICLES
Déchets	Article L 125-1, L141-1 et suivants du Code de l'environnement
Droit à l'information sur les risques majeurs	Article L 125-2
Organismes génétiquement modifiés	L 525-3, L 531-1 et suivants
Droit à l'information sur la qualité de l'air	L125-4 et L 221-6
Produits biocides	L 522-12
Installations classées pour la protection de l'environnement	L 515-2
Information en matière de sûreté nucléaire et de radioprotection	Loi no. 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (articles 18 et suivants).

En bref

Selon les dispositions du Code de l'environnement et la loi no. 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (articles 18 et suivants), les ONG/particuliers peuvent, entre autres, avoir accès à l'information sur les sujets suivants : déchets, droit à l'information sur les risques majeurs, organismes génétiquement modifiés, droit à l'information sur la qualité de l'air, produits biocides, installations classées pour la protection de l'environnement, information en matière de sûreté nucléaire et de radioprotection.

Toutefois, une pétition d'information relative à l'environnement peut être rejetée pour les raisons suivants : secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; secret de la défense nationale, conduite de la politique extérieure de la

France, sûreté de l'Etat ; sécurité publique et sécurité des personnes ; secret en matière commerciale et industrielle ; secret de la vie privée et des dossiers personnels, entre autres.

⇒ En cas de refus d'une pétition d'accès à l'information environnementale le

requérant peut saisir la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) d'une **demande d'avis**. La procédure applicable est celle prévue aux articles 17, 18 et 19 du décret no 2005-1755 du 30 décembre 2005³⁰⁷. La CADA doit être obligatoirement saisie avant tout recours devant le juge administratif.

⇒ Le délai prévu est de deux mois à compter du jour où le requérant est informé de la décision de refus de communication de l'autorité publique. Passé ce délai le requérant doit reprendre la procédure depuis le départ en demandant de nouveau le document à l'autorité concernée.

Il est nécessaire de préciser que le droit à l'information dans le champ de la sûreté nucléaire et de la radioprotection, tel que défini par la loi no 2006-686 du 13 juin 2006³⁰⁸ s'exerce dans les conditions définies aux articles L 124-1 et suivants du code de l'environnement. Cela notamment quand les différences dans les règles de droit applicables risquent d'aboutir à des conflits de normes lorsqu'un même document comportera des informations relatives à l'environnement et d'autres informations.

Il est important de rappeler que la communication reste le principe et le refus

l'exception. L'autorité publique saisie ne peut rejeter la demande que pour les seuls motifs limitativement énumérés par la loi³⁰⁹ et qui doivent être interprétés de façon restrictive.

⇒ Les leviers exploitables à partir du Code de l'environnement peuvent se résumer ainsi :

1. Les associations peuvent demander la participation du public dans le cadre de l'élaboration de projets, plans ou programmes susceptibles d'affecter l'environnement. La participation du public peut être sollicitée de différentes manières : par **le débat public**³¹⁰, par la participation du public à l'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement ayant une incidence importante sur l'environnement ou par l'aménagement du territoire peut prendre la forme d'un débat public. A cet effet, la Commission nationale du débat public (CNDP)³¹¹ est une autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national relevant de catégories d'opérations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire³¹².

³⁰⁷ Décret no 2005-1755 du 30 décembre 2005, relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

³⁰⁸ Relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire. Article 18 et suivants.

³⁰⁹ Code de l'environnement, Article 124-4 modifié par ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 - art. 3 (V).

³¹⁰ *Idem*, Articles L .121-1 à L.121-15 et R.121-1 à R.121-16.

³¹¹ La loi du 2 février 1995, dite loi Barnier, institutionnalise la participation du public et crée la Commission nationale du débat public (CNDP).

³¹² Le parlement a voté le 2 mars 2018 une loi (loi n.2018-148) élargissant et renforçant les compétences de la CNDP, lui donnant notamment le pouvoir de décider et financer des expertises alternatives ou complémentaires, d'assurer la conciliation en cas de conflit sur un projet, de réaliser des débats publics sur des plans et programmes, d'organiser les concertations

2. **L'enquête publique environnementale**³¹³, la loi n°83-63 du 12 juillet 1983³¹⁴ a institué les enquêtes publiques relatives aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement. L'enquête publique constitue un élément essentiel de la participation du public en matière de décision environnementale, elle a pour objet d'assurer l'information ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration des décisions

qui touchent l'environnement. Elle peut être invoquée préalablement à l'autorisation, l'approbation ou l'adoption de la décision susceptible d'affecter l'environnement. On peut souligner comme objets de l'enquête publique : les projets d'aménagement, les travaux, les ouvrages, les exécutés par des personnes publiques ou privées, soumis à étude d'impact³¹⁵.

Les leviers

La mise à disposition du public (articles R.122-12 et R.122-21 du code de l'environnement) consacre les projets, plans ou programmes ayant fait l'objet d'une étude d'impact ou d'une évaluation environnementale mais non soumis à enquête publique. A cet effet, l'étude d'impact relative au projet ou l'évaluation environnementale du plan ou document est mis à la disposition du public, qui peut formuler ses observations sur un registre ouvert.

remplaçant les enquêtes publiques (art. 56 Loi ESSOC du 11 août 2018).

³¹³ Code de l'environnement, Articles L. 123-1 à L. 123-16 et R. 123-1 à R. 123-46.

³¹⁴ Relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement

³¹⁵ Etablissement Public Foncier de Bretagne, *fiches environnement - l'enquête publique environnementale*, mise à jour juin 2016. Disponible en ligne sur le lien https://www.epfbretagne.fr/img_ftp/1359_EPFB-Fiches-BAO-ENV06-160729.pdf

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE	
LA PROTECTION DU SECRET D’AFFAIRES : LES RISQUES DE PROCEDURES STRATEGIQUES	12
1. Les risques antérieurs à la directive sur la protection du secret des affaires.....	12
1.1. Le droit de l’Union européenne	12
1.2. Le droit français.....	15
1.2.1. Les différents types de secrets juridiquement protégés	15
1.2.1.1. Le secret de fabrication.....	15
1.2.1.2. Le secret industriel et commercial.....	15
1.2.2. L’apparition des termes « secret d’affaires »	17
1.2.2.1 Les premières utilisations de l’expression « secret d’affaires »	17
1.2.2.2 Les tentatives d’introduction d’une définition du secret des affaires dans le droit interne.....	18
1.2.3. Les informations recouvertes sous la notion de secret commercial et industriel.....	19
2. Des risques confirmés par la transposition de la directive sur le secret des affaires.....	20
2.1. Les critères de définition d’un secret d’affaire	20
2.1.1. La notion de secret.....	21
2.1.2. La valeur commerciale du secret	23
2.1.3. L’existence de dispositions raisonnables conservant le secret.....	25
2.2. Typologie des informations protégées par le secret des affaires.....	26
2.3. L’harmonisation de certains textes par la loi de 2018 : des risques de procédures stratégiques	30
2.4. L’obtention, l’utilisation et la divulgation licites de secrets d’affaires	32
2.5. Les actes constitutifs des atteintes illicites au secret des affaires.....	33
2.6. La sanction de la violation du secret des affaires	34
2.7. Les éléments de procédure	35
2.7.1. Le long délai de prescription	35
2.7.2. La confidentialité de la procédure	36
2.7.3. Le choix du tribunal	38
2.8. Une certaine marge de manœuvre sur le plan pénal	38

DEUXIEME PARTIE

LA PROTECTION DU SECRET D’AFFAIRES : LES RESSOURCES CONTRE LES PROCEDURES STRATEGIQUES	40
1. Les ressources issues de la loi et de la directive relatives à la protection du secret des affaires .	40
1.1. L’inopposabilité du secret des affaires pour les informations d’intérêt public	40
1.2. L’inopposabilité du secret des affaires dans le cadre de l’exercice du droit à la liberté d’expression et de la protection du débat d’intérêt général.....	42
1.2.1. La portée de la notion de débat d’intérêt général.....	43
1.2.2. Le débat d’intérêt général dans la jurisprudence	44
1.2.2.1. La notion de débat d’intérêt général issue de la jurisprudence de la CEDH	44
1.2.2.2. La notion de débat d’intérêt général dans la jurisprudence française : l’exemple de l’affaire Debwire.....	46
1.3. La consécration d’un droit à la divulgation d’un secret dans un but de protection de l’intérêt général.....	50
1.3.1. Le critère de la protection de l’intérêt général.....	51
1.3.2. Le critère de bonne foi	52
1.3.3. Le critère de l’obtention, l’utilisation et la divulgation d’une activité illégale, d’une faute ou d’un comportement répréhensible	52
1.4. L’amende pour procédure abusive	53
1.5. La délimitation de la protection du secret des affaires aux obtentions du secret « dans un but de concurrence illégitime ».....	55
2. Les ressources hors de la loi et de la directive relatives à la protection du secret des affaires....	56
2.1. Le droit à un procès équitable	56
2.2. La protection des lanceurs d’alerte dans la loi Sapin II et dans le projet de directive en cours sur la protection des lanceurs d’alerte	58
2.2.1. La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.....	58
2.2.2. Le projet de directive européenne.....	59
2.2.3. Les leviers issus du régime de protection des lanceurs d’alerte	60
2.3. Une législation relative à la prévention des procédures stratégiques : le modèle québécois...	61
2.3.1. La possibilité de rejet de la procédure abusive	62
2.3.2. Le renversement de la charge de la preuve.....	63
2.3.3. Les dommages compensatoires.....	65
2.3.4. La provision pour frais.....	67
2.3.5. L’abus de droit.....	68

2.3.6. Les propositions issues du processus législatif québécois.....	69
POUR ALLER PLUS LOIN	
L'accès à l'information en amont de l'engagement d'une procédure stratégique : l'exemple du droit de l'environnement.....	71
1. Le droit d'accès à l'information relative à l'environnement.....	71
2. La définition d'information relative à l'environnement	73
3. Le cadre juridique du droit d'accès à l'information environnementale	75
3.1. Le droit international	75
3.1.1. Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement	75
3.1.2. Convention d'Aarhus	76
3.2. Le droit de l'Union européenne	78
3.3. Droit national	78
3.3.1. Charte de l'environnement	78
3.3.2. Code de l'environnement.....	78
TABLE DES MATIERES.....	83
BIBLIOGRAPHIE.....	87

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

BIGOT (C.), Secret des affaires et droit d'informer in Les renouvellements de la liberté d'expression, Légicome, 2013 , n°50, 500 pages.

BUYDENS (M), DUSOLLIER (S). L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle. Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2008.

G'SELL (F)., DURAND-BARTHEZ (P). La protection du secret des affaires : état des lieux en droit civil français et projet européen. Issy-les-Moulineaux : Lextenso éditions. Paris, Fondation pour le droit continental, DL 2015. 157 p. 2015-213485

JAMAY (F), Le droit à l'information : un principe général du droit de l'environnement. Thèse pour le doctorat du droit public - Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne. Présentée et soutenue publiquement le 12 janvier 1998

LAPOUSTERLE (J), WARUSFEL (B). La protection des secrets d'affaires. Perspectives Nationales et européennes. Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle. Strasbourg ; Centre de recherches Droits et perspectives du droit. Lille ; DL 2017

MARCELLIN, (S)., DU MANOIR DE JUYAE T., Le secret des affaires, LexisNexis, DL. Paris, 2016.

PRIEUR (M). Le droit à l'information en matière d'environnement dans les pays de l'Union européenne : étude de droit comparé. Association européenne de droit de l'environnement ; Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme ; 1997

ARTICLES

BARRE-PEPIN (M)., "Secret industriel et commercial - secret d'entreprise et des affaires et secret de la Défense", HAL archives-ouvertes.fr, 8 février 2018. Mis en ligne sur le lien <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01704235/document>

BARRE-PEPIN (M)., « L'opposabilité des secrets privés en matière environnementale, in Le secret nucléaire,

BATTISTINI (P.), Présentation de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, Petites affiches, n°229, 6 pages.

BÉCHILLON (D), Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Point 215.

CARRILLO (M.), FATIN-ROUGE (S.-M.), LECUCQ (O.), PENA-GAÏA (A.), Liberté d'expression et droit à l'information : la question des limites. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 11-1995, 1996. Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet - Constitution et médias. pp. 487-500

D'ALES (T.), Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, Jurisclasseur commercial, 13 septembre 2018, 142 pages.

DELZANGES (H), FLEURY (M), MONNIER (L), Droit À l'information Environnementale Vs. Secret Industriel Et Commercial : Une Conciliation À l'épreuve En Droit Nucléaire. 2018, P. 676. Mis en ligne sur le lien

DESPIERRES (T.), "Typologie des procédures-bâillons Le débat d'intérêt général contre les procédures bâillons", 2017, Centre de recherche et d'informations pour le développement, p.49.

DHENNE (M.), "La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires", Dalloz, 2018, 1817 p.

DROIN (N.), Diffamation et débat d'intérêt général / la bonne foi plie, mais ne rompt pas, Recueil Dalloz 2015, p.931

DU MANOIR DU JAILLE (T.), "Liberté d'expression et secret des affaires", Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, 1er août 2015, n°118.

DUPEUX (J.-Y.), MASSIS (T.), La conduite du procès de presse, Legicom, n° 28, 2002, pp. 5-23.

FABRICE RAKOTOARISON (T.), "Loi sur la protection du secret des affaires : la fin de la liberté d'informer n'aura pas lieu", AJ contrat, 2018, 408 p.

FABRICE RAKOTOARISON (T.), Dalloz actualité, Confidentialité prévue par l'article L.611-15 vs liberté d'expression : un premier infléchissement ?, 12 juin 2019.

FRANÇOIS (L.), Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », Légipresse, 2014, n°317, p. 339 et n°318, p. 403.

GALOPIN (B), WEISS M.-A., MARINO (L.), "Droit de l'information, Documentaliste" - Science de l'information, 2014, volume 51, pp. 20-27.

GUEGAN (A.), L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile, Revue juridique de l'environnement, n°2, 2000, pp. 147-178.

JANUEL (P.), Lanceurs d'alerte : les apports de la directive pour une meilleure protection, Dalloz actualité, le 20 mars 2019.

KERVOKIAN (A), Secret des affaires et transparence, un équilibre possible ? Cahiers de droit de l'entreprise n°5, Septembre 2018, 2 pages.

KOURILSKY (P.), Le principe de précaution, rapport au premier ministre, 15 octobre 1999, 189 pages.

LARCENEUX (A) et OLIVIER-LEPRINCE (J) (Dir.). Contribution au Colloque du 22 mars 2012 Transparence et environnement - Réflexions théoriques et casuistique du nucléaire français, p. 209-222, 2014. Mise en ligne sur le lien <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01704450/document>

LE GUNEHEN RENAUD, Secret des affaires : drôle d'ambiance, Légipresse, 6 mars 2018, 3 pages.

LEMONDE (L.), P. BÉLAIR (M.-C.), Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons la confusion des genres, 2011, Revue du Barreau, p.291.

LEPAGE (A.), Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon, CCE 2009, Comm. 82.

LE STANC CHRISTIAN, Secret d'affaires - Chut !, Propriété industrielle, n° 6, juin 2016, 2 pages.

LOISEAU (G.), Protection d'informations confidentielles vs liberté d'expression, La Semaine Juridique Edition Générale, n°8, 22 février 2016, page 216.

LIENHARD (A.), Mandat ad hoc (confidentialité) mise en balance avec le droit à la liberté d'expression, Dalloz actualité, 17 décembre 2015.

LYN (F.) La réception du critère européen du débat d'IG en droit français de la diffamation, recueil dalloz, 2018, p. 636

MARGUENAUD, Fasc 30 : Libertés – La liberté d’expression et la Convention européenne des droits de l’homme, Jurisclasseur Civil Annexes, 9 février 2015, 56 pages.

MARCHAND (J.), Le droit d’alerte, entre transparence et secret, La revue des droits de l’homme, 2016, §14.

MACORIG-VENIER (F.), Portée étendue de l'obligation de confidentialité prescrite par l'article L. 611-15 du code de commerce, RTD Com. 2016, p. 191.

MERCIER (J.), « “Procédure bâillon” : Retour sur l'affaire des sondages de l’Élysée et la liberté d'expression des universitaires », La Revue des droits de l’homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 mars 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2063> ; DOI : 10.4000/revdh.2063, p. 3

MEURIS-GUERRERO (F.), Secret d’affaires - L’élaboration d’un droit du secret des affaires, vers une para-propriété intellectuelle ?, Communication Commerce électronique, n°6, Juin 2018, 2 pages.

MONFORT (J.-Y.), La jurisprudence récente sur le critère du "sujet d'intérêt général" en matière de diffamation, Legicom, 2013, n°50, pp.11-16.

PRING (G), CANAN (P), “Strategic Lawsuits Against Public Participation (“SLAPPs”): An Introduction for Bench, Bar and Bystanders”, 12 Bridgeport L. Rev. 937, 1992, p. 946 et 947.

STRICKLER (Y.), Les dispositions du décret n°2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires, Document procédure, n°2, février 2019, 6 pages.

TREBULLE (F.-G.), “Affaires, santé, environnement...” Fiat Lux, Energie, Environnement, Infrastructures n°6, Juin 2016, repère 6.

TRUCHET (D.), La notion d'intérêt général le point de vue d'un professeur de droit, Legicom, 2017, n°58, pp. 5 à 11.

TEBOUL (G.), La confidentialité dans la prévention des difficultés des entreprises nouvelle illustration, dalloz actualité, 5 mars 2019, 2 pages.

ROURE (S.), L’élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une juridicisation du débat public, Presse universitaires de France, 2006, n°68, pp. 737-779.

ACTES DE COLLOQUES

BIGOT (C.), Secret des affaires et droit d'informer in Les renouvellements de la liberté d'expression, Légicome, 2013, n°50, pp.109-116.

GARINOT (J.-M.), « Secret des affaires et propriété intellectuelle », in La protection des secrets d’affaires Perspectives nationales et européennes, Lapousterle (J.) (dir.), Warusfel (B.) (dir.), Acte de Colloque, Strasbourg, Collection du CEIPI, 2016, pp.52-60.

MIGNARD (J.-P.), BASDEVANT (A.), « La directive sur les secrets d’affaires est-elle un texte liberticide », in La protection des secrets d’affaires Perspectives nationales et européennes, Lapousterle (J.) (dir.), Warusfel (B.) (dir.), Acte de Colloque, Strasbourg, Collection du CEIPI, 2016, pp.72-78

TEXTES

TEXTES NATIONAUX

ASSEMBLÉE NATIONALE, SECRET DES AFFAIRES - (N° 777). 23 mars 2018. Disponible sur le lien. <http://www.assemblee-nationale.fr/15/amendements/0777/AN/50.pdf>

CHARTRE DE L'ENVIRONNEMENT, loi constitutionnelle no. 2005 – 205 du 1er mars 2005. Ministère de l'écologie et du développement durable. Disponible en ligne sur le lien http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/charte_environment_cle74252c-2.pdf

CIRCULAIRE DU 18 OCTOBRE 2007 relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement. Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables. https://www.toutsurlenvironnement.fr/sites/default/files/files/circulaire_aarhus.pdf

CODE CIVIL, Article 2224

CODE DE COMMERCE, Articles L110-4, L.151-1 à L154-4 Titre V : De la protection des atteintes au secret des affaires, legifrance

CODE DE L'ENVIRONNEMENT, Articles L 121-1 à L 121-15, L 123-1- A, L 124-2, L 124-4, L 125-1, L 125-2, L 125-4, L 141-1, L. 142-1, L. 142-2, L 221-6, L 515-2, L 522-12, L 525-3, L 531-1, R.121-1 à R.121-16, R.122-12, R.122-21.

CODE DE PROCEDURE CIVILE, Articles 22 et 433 et s.

CODE PROCEDURE PENALE, Articles 306, Article 400.

CODE DU TRAVAIL, Articles 1227-1.

CODE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIVES, Articles R.195.

DÉCRET NO 2005-1755 DU 30 DÉCEMBRE 2005, relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

DÉCRET NO 2009-185 /186, 17 février 2009 , art. 1

LOI n°78-753 du 17 juillet 1978, Article 6.

LOI du 29 juillet 1881, Article 65.

LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 6.

LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. Disponible sur le lien <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>

LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice, article 33.

ORDONNANCE n°86-1243, 1er décembre 1986.

TEXTES INTERNATIONAUX ET EUROPEENS

DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME, article 10.

PACTE INTERNATIONAL DES DROITS CIVILS ET POLITIQUES, article 14§1.

CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES, adoptée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, STCE, n°005.CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, (2000/C 364/01)

TRAITE SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPEENNE, Journal officiel de l'Union européenne, C 326/47, article 288 alinéa 3.

CONVENTION D'AARHUS relative à l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Disponible en ligne sur le lien <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1860/Convention.pdf>

DÉCLARATION DE RIO SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, Rio de Janeiro, Brésil, 14 juin 1992. Disponible en ligne sur le lien <https://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

TRAITE DE MARRAKECH, signé le 15 avril 1994, instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

DIRECTIVE 2003/4/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313 CEE du Conseil. Disponible en ligne sur le lien <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0004&from=CS>

DIRECTIVE (UE) 2016/943 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Disponible sur le lien <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0943&from=FR>

PROPOSITIONS ET COMMUNICATIONS

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, Communiqué de presse "Secret des affaires : La liberté d'expression et d'information doit rester le principe", 9 mai 2018, 1p.

CORPORATE EUROPE, Les affaires au Secret, 30 juin 2015, <https://corporateeurope.org/power-lobbies/2015/01/les-affaires-au-secret>

ETABLISSEMENT PUBLIC FONCIER DE BRETAGNE, fiches environnement - l'enquête publique environnementale, mise à jour juin 2016. Disponible en ligne sur le lien https://www.epfbretagne.fr/img_ftp/1359_EPFB-Fiches-BAO-ENV06-160729.pdf

SHERPA. Projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (PJJ Justice). Disponible sur le lien <https://onnesetairapas.org/IMG/pdf/sherpa-sur.les.poursuites-baillons.vf.pdf>

SOUCHON (D.), La loi dite "secret des affaires" : extension du domaine de la répression, restriction du champ des investigations, 31 mai 2019, consulté le 19 février 2019.

TRAVAUX PARLEMENTAIRES

ASSEMBLÉE NATIONALE n°777, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnels, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 mars 2018, 108 pages.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Avis n° 775 de Mme Christine HENNION, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 21 mars 2018.

ASSEMBLÉE NATIONALE n°984 et sénat n°505, rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale et du Sénat le 24 mai 2018, 21 pages.


ASSEMBLÉE NATIONALE, Proposition de loi n°1611 relative à la protection des informations économiques, présentée par M. Bernard Carayon.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Proposition de loi n°1754 relative à la protection des informations économiques, présentée par M. Bernard Carayon.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Proposition de loi n°3103 relative à la protection des informations économiques, présentée par M. Bernard Carayon.

ASSEMBLÉE NATIONALE n°2139 Exposé des motifs de la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, p.5.

CONSEIL DE L'EUROPE, Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 14 mars 2019, Interinstitutionnel File : 2018/0106(COD).

COMMISSION EUROPEENNE, règles pour la protection du secret d'affaires, 23 novembre 2013. Disponible en ligne sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1176_fr.htm?locale=fr. 

COMMISSION EUROPEENNE, communication du 1er décembre 2003 sur le secret professionnel dans les décisions en matière d'aides d'État (aff. C-297/6).

COMMISSION NATIONALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, *Vocabulaire de l'Environnement*, JORF n°0087 du 12 avril 2009.

COMMISSION MIXTE PARITAIRE, sur la proposition de loi portant transposition de la directive (UE) 2016-943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (24 mai 2018).

COMMISSION SUR L'ENREGISTREMENT ET LA DIFFUSION DES DEBATS JUDICIAIRES dit « Rapport Linden », 22 février 2005.

COMITE AU MINISTRE DE LA JUSTICE, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*, Montréal, 15 mars 2007, p. 2, disponible en ligne.

CONSEIL DE L'EUROPE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites - orientation générale, 14 mai 2014, dossier n°2013/0402 (COD), 51 pages.

COUR DE CASSATION, DINTILHAC (J-P.), L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires, Etudes sur le thème de l'égalité, rapport annuel, 2003.

« ECONOMIC VALUE » - Economic Espionage Act §1839(3)(B) US Code ; Uniform Trade Secrets Act, Section 1(4)(i).

MINISTÈRE DE LA JUSTICE QUÉBEC, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites - bâillons (SLAPP)*, rapport du Comité au ministre de la Justice par Roderick A. Macdonald (président), Pierre Noreau et Daniel Jutras, Montréal, 15 mars 2007, p. 76, en ligne www.justice.gouv.qc.ca/Francais/publications/rapports/pdf/slapp.pdf

SÉNAT, n°406 Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes du Sénat, n°406, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 avril 2018, 40 pages.

SÉNAT, n°419, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée portant transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et

des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation des informations illicites, enregistré à la présidence du Sénat le 11 avril 2018, 139 pages.

RAPPORTS INSTITUTIONNELS

CCI, Jérôme FRANTZ, La protection des secrets d'affaires dans l'Union Européenne, 11 septembre 2014, p.19.

RAPPORTS UNIVERSITAIRES

CLINIQUE DE L'ECOLE DE DROIT DE SCIENCES PO. Rapport de recherche réalisé par Sandrine Fontaine, Simon Savry-Cattan et Cécile Villette, Poursuites stratégiques altérant le débat public, p.7.

JURISPRUDENCE

CEDH, arrêt du 17 janvier 1970, Affaire Delcourt c. Belgique, requête n°2689/65, §34. 

CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, Affaire Handyside c. Royaume-Uni, requête n°5493/72, §49.

CEDH, arrêt du 26 avril 1979, Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1), requête n°6538/74, §65.

CEDH, 20 mai 1988, Affaire Gautrin et autres c. France, §33 et §42.

CEDH, arrêt du 18 février 1997, Affaire Nideröst-Huber c. Suisse, requête n°18990/91, §23.

CEDH, De Haes et Gijssels contre Belgique, arrêt du 24 février 1997, requête n°19983/92, p. 29.

CEDH, arrêt du 8 juillet 1999, Affaire Surek contre Turquie, requête n°26682/95, §61.

CEDH, Affaire Steel et Morris c. Royaume-Unis, décision du 15 février 2005, Requête n°68416/01,

CEDH (GC), arrêt du 10 décembre 2007, Affaire Stoll c. Suisse, requête n°69698/01, §121.

CEDH, (GC), arrêt du 10 novembre 2015, Affaire Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France, requête n°40454/07, §103.

CJCE, 5e ch., 3 juillet 1991, aff. C-62/86 ; AKZO Chemie BV c. Commission des Communautés européennes.

CJCE 1996, II, TPICE, 18 septembre 1996 Postbank/Commission, Rec. p. 921

TPICE (ord.), prés. 4ème ch., 22 février 2005, Hynix Semiconductor c/ Conseil, aff. T-383/03.

CJUE (GC), 19 avril 2016, affaire C-441/14, Dansk Industri (DI), §31.

CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14, Radlinger et Radlingerová.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DC 89-160 du 28 juillet 1989.

CASS COM, 15 décembre 2015, n°14_11.500, RLDA 2016.

CASS COM., 17 novembre 2015, pourvoi n°14-81410, D. 2016 p.55, note A. Serinet

CE, 4 octobre 1974, Dame David, Leb. p. 464.

CE 2 mai 1994, Hudin, req. N°110829.

CE 17 février 1997, Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou, req. N°172365

CE 27 février 2006, Comité d'information et de défense des sociétaires de la mutuelle retraite de la fonction publique, req. N°265308

CE, 27 octobre 1995, requête n°150703.

CADA, Avis N°20071444 du 3 mai 2007.

CAA Nantes, 18 avril 2001, Dpt des Côtes-d'Armor, req. N°98NT02828.

CAA Paris, 10 mai 2001, Géniteau, req. N°00PA01926

CAA Paris, 6 février 2003, Juaneda - Calvier, req. N°99PA03581

CAA Bordeaux, 25 avril 2006, France Télécom, req. N°02BX02101

COUR D'APPEL DE PARIS, 27 mars 2019, n°18/15647, p.1.

JURISPRUDENCE CANADIENNE

Acadia Subaru c. Michaud, 2011 QCCA 1037, §78

Corriveau c. Canoe inc., 2010 ; QCCS 3396, §133

Complexe Estrie Enviropôle c. Lavingne, 2010, QCCS 3761

Carignan c. Bourgeois, éààç, QCCS 4047

Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc. 2010 4052, §14

Finexorp, inc c. Délices d Mghreb inc, 2009 QCCP 9862, §63.

G.L. c. Y.L., 2010, GWWS 3396, §147

Geysens c. Julien, 2009, QCCQ 10013, §34.

Guénard c. Houle, 2010 QCCS, §150

Guimont c. RNM Média inc. (CHOI-FM), 2010 QCCS 5109, §54

McKibben c. Tournend et al., 2011 QCCS 135, §4

Québec inc. c. Galipeau inc., 2010 QCCS 3427 [Galipeau no 1], paragraphe 44

Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc., 2010 QCCS 3452, §15

Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd., 2007 QCCA 915, par. 45 et 46.

ARTICLES DE PÉRIODIQUES

“ Un régime général de protection du secret des affaires est instauré”, 10 septembre 2018, Editions Francis Lefebvre - La Quotidienne.

<https://www.efl.fr/droit/affaires/details.html?ref=ui-6728cc03-c323-4716-98dc-fc60282c57fb>

“ La détention, l'utilisation et la divulgation du secret des affaires”, 2 août 2018, Editions législatives.

<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/la-detention-l-utilisation-et-la-divulgation-du-secret-des-affaires>

APPEL-MULLER (P) "Secret des affaires : Lettre ouverte au président Macron", L'Humanité, 16 avril 2018. Mis en ligne sur le lien <https://www.humanite.fr/secret-des-affaires-lettre-ouverte-au-president-macron-653784>

" La loi sur le "secret des affaires" suscite une inquiétude importante et légitime". Le Monde. 25 mai 2018. Disponible en ligne sur le lien https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/25/la-loi-sur-le-secret-des-affaires-suscite-une-inquietude-importante-et-legitime_5304542_3232.html

La Croix, 12.03.2019, L'UE adopte un bouclier pour les lanceurs d'alerte, consulté le 6 avril 2019 <https://www.la-croix.com/Monde/Europe/LUE-adopte-bouclier-lanceurs-dalerte-2019-03-12-1201008288>

"Solidaires avec "Challenges" pour la liberté d'informer". Libération. 6 février 2018. Disponible en ligne sur le lien https://www.liberation.fr/france/2018/02/06/solidaires-avec-challenges-pour-la-liberte-d-informer_1627866

ARTICLES DE BLOG

MAUDIT (L.), Du secret des affaires au secret de la Justice, 5 novembre 2018, consulté le 6 avril 2019
lien <http://www.rallumerlesetoiles.com/2018/11/du-secret-des-affaires-au-secret-de-la-justice.html>

Mercier (J.), « « Procédure bâillon » : Retour sur l'affaire des sondages de l'Élysée et la liberté d'expression des universitaires », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 mars 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2063> ; DOI : 10.4000/revdh.2063, p. 3.