

CONTRIBUTION À LA SAISINE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL

CONSTITUTIONNEL CONCERNANT LA PROPOSITION DE LOI RELATIVE

À LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Des organisations syndicales



Des Associations



Des organisations et sociétés de journalistes



SDJ BFMTV SDJ JDD SDJ Premières Lignes



SDJ de la Rédaction Nationale de France 3 SDJ Télérama SDR Le Point



SAISINE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
CONCERNANT LA LOI RELATIVE À LA PROTECTION DU SECRET
DES AFFAIRES

Montreuil, le 2 juillet 2018

Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil,

Vous avez été saisi par des Parlementaires, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, d'un recours contre la loi relative à la protection du secret des affaires

Nos organisations se sont fortement mobilisées contre ce texte, car nous estimons qu'il représente une remise en cause des libertés et de l'équilibre des normes fondamentales. 52 organisations et 23 sociétés de journalistes ont appelé les parlementaires et l'exécutif à modifier le projet de loi et à limiter son champ d'application aux seuls acteurs économiques concurrentiels¹. 570 000 citoyens se sont associés à cet appel en signant une pétition².

Cette demande n'a malheureusement pas été entendue. Nous rejoignons donc dans l'intégralité les arguments soutenus par les Parlementaires dans le recours qui vous est soumis. Ces observations ne n'ont donc pas pour objectif de reprendre de manière exhaustive les points que nous jugeons contraires à la Constitution, et qui ne seraient que des répétitions du recours qui vous est soumis, mais visent à apporter des arguments, exemples, voire fondements supplémentaires, ou à insister sur des points qui nous paraissent particulièrement dangereux pour les droits et libertés fondamentaux des citoyen-ne-s. Cette contribution est présentée par 36 organisations qui chacune à partir du domaine d'expertise qui lui est propre se sent concernée, avec un intérêt particulier à agir. Les organisations de journalistes sont particulièrement mobilisées sur les enjeux liés à la liberté de la presse. Les associations de défense de l'environnement, de défense des libertés et des droits fondamentaux s'inquiètent des conséquences de la loi sur leur capacité à accéder et divulguer des informations sur l'impact de l'activité des entreprises sur l'intérêt général. Quant aux organisations syndicales, elles s'inquiètent particulièrement de l'impact de la loi sur la liberté d'expression dans l'entreprise, sur leur capacité à informer et représenter les salarié-e-s, et sur le droit à mobilité des salarié-e-s.

C'est dans ce contexte que nous rejoignons le recours des Parlementaires, par le biais des présentes observations, tendant à la nécessité de déclarer la loi contraire à la constitution.

¹ Voir en annexe.

² Stopsecretdaffaires.org

1- SUR LA PRÉCISION DU CHAMP D'APPLICATION DU TEXTE

L'article 1^{er} (définition) de la loi relative à la protection du secret des affaires³ pose un problème inédit, d'autant plus qu'il se substitue à l'article 1 de la directive (objet et champ d'application) qui établissait la hiérarchie des normes et des valeurs : la directive ne porte atteinte ni aux libertés fondamentales, ni à la mobilité des travailleurs régie par le droit national. Contrairement à la directive, la loi pose en son article premier la définition, large et imprécise, du secret des affaires.

Jusqu'à ce jour, le droit au secret ne constituait qu'une exception à l'application d'autres droits et libertés fondamentaux, en particulier la liberté d'expression. Par exemple, à la lecture de l'article 10 §2 de la Convention européenne des droits de l'homme, la confidentialité des informations ne constitue qu'une limite au principe fondamental de liberté d'expression et est restreinte à ce qui est strictement nécessaire dans une société démocratique.

En matière de secret des affaires, le législateur avait donc pris des précautions, par le passé, pour encadrer le champ d'application des informations protégées en justifiant leur caractère secret par leur valeur économique pour l'entreprise.

Par exemple, dans la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires du 16 juillet 2014, l'information protégée au titre du secret des affaires était celle « *qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique* »⁴.

Toutefois, la nouvelle loi sur le secret des affaires manifeste un véritable changement de paradigme quant au rapport entre les droits constitutionnellement garantis et la notion de secret. En définissant de manière extrêmement large et imprécise les informations protégées au titre du secret des affaires, la loi procède à une inversion des principes au profit de toute information interne à l'entreprise et au détriment des autres droits et libertés.

En particulier, dans la nouvelle loi, il n'existe plus aucune justification de la valeur économique d'une information pour qu'elle soit protégée. En application du nouvel article L. 151-1 du code de commerce⁵,

³ Loi 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.

⁴ Proposition de loi du 16 juillet 2014 relative à la protection du secret des affaires, n°2139 :

« Art. L. 151-1. – Est protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information :

« 1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;

« 2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ;

« 3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non-public. »

⁵ L'article 1er de la loi introduit, dans le titre V - livre 1er du code de commerce, la définition suivante des informations protégées au titre du secret des affaires :

« Art. L. 151-1. – Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux trois 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 ;

l'information protégée « *revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret* ». Concrètement, il en résultera qu'une information sera protégée à la simple convenance de l'entreprise.

Cette définition des informations protégées est si vaste que n'importe quelle information interne à une entreprise peut désormais être classée dans cette catégorie, ce qui inclut les pratiques fiscales des entreprises, l'impact de leurs activités et de leurs produits sur la santé et l'environnement, etc. Par exemple, des universitaires ont souligné que des informations ou des données personnelles, concernant des personnages célèbres, et dont la valeur commerciale n'est pas contestable (par exemple en termes de ventes d'un magazine les publiant), entreront dans le champ de la protection⁶.

Constituent également des secrets d'affaires protégés les informations relatives notamment aux opérations de corruption, de blanchiment, de commerce de médicaments toxiques ou de stupéfiants, d'espionnage économique ou informatique : en effet, ces informations sont secrètes, ont une valeur commerciale et font l'objet de dispositions destinées à les garder secrètes⁷. De même pour l'essentiel des informations communiquées aux Instances Représentatives du Personnel.

Or, cette inversion porte gravement atteinte à la liberté d'expression et de communication des chercheurs, journalistes, syndicalistes, lanceurs d'alerte, associations, et personnes protégées par la loi sur le devoir de vigilance (voir partie 2).

En outre, même si les dispositions contestées de la loi sont une transposition de la directive 2016/943 du 8 juin 2016, ni la hiérarchie des valeurs (article 1) ni les exceptions prévues par la directive ne sont reprises intégralement. De plus, il appartient au Conseil constitutionnel, conformément à sa jurisprudence, de veiller à ce que la transposition n'aille pas « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »⁸ (voir partie 3).

Pour garantir la constitutionnalité du texte, il est donc nécessaire de le censurer ou d'apporter une réserve d'interprétation afin de délimiter le champ des informations protégées aux relations d'affaires et de concurrence (voir partie 7).

Sur la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi :

Une telle délimitation serait également bienvenue au regard du principe de clarté des lois qui découle de l'article 34 de la Constitution, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, ainsi qu'au regard de l'objectif de valeur

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

« 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 ».

⁶ T. Aplin, *A Critical Evaluation of the EU Trade Secrets Directive*, IP quarterly, 2014, n° 44, p. 262.

⁷ D. Schmidt, *Les secrets d'affaires et les étouffeurs d'alerte*, Dalloz 2016, p. 1425.

⁸ Cons. const. décis. n°2006-540, 27 juill. 2006, cons. 19.

constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découlent des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « *le principe de clarté de la loi (...) et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (...), imposent [au législateur], afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002)

Plus récemment le Conseil a également considéré que ces principes « *imposent [au législateur] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* », lequel « *doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.* » Décisions n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 et n°2003-475 DC du 24 juillet 2003.

Or, la proposition de loi française introduit un article L. 151-1 au code de commerce qui définit de façon imprécise la notion de secret d'affaires et l'incertitude est réelle quant aux informations internes d'une entreprise susceptibles d'être considérées comme des secrets d'affaires. La notion de secret des affaires étant floue, il appartiendra au juge de préciser au cas par cas les informations qui relèvent du secret d'affaires ; cela crée une insécurité juridique et judiciaire manifeste.

Le législateur français a oublié de préciser l'objet de son texte, alors que ceci permettrait d'équilibrer cette définition trop large, et il a omis de faire référence aux accords ADPIC qui soulignent que la violation du secret des affaires concerne les renseignements divulgués, acquis ou utilisés « d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes » (article 39 paragraphe 2, ADPIC) dans le but d'assurer « une protection effective contre la concurrence déloyale » (article 39 paragraphe 1, ADPIC)

En définissant de façon extrêmement large l'information protégée sans préciser et limiter le champ d'application de cette loi, la France a décidé d'aller plus loin que la directive et les accords ADPIC.

De ce fait, la loi contrevient au principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découlent des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

2- LES ATTEINTES CONCRÈTES PORTÉES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE COMMUNICATION

Les conséquences concrètes de cette disposition législative sont considérables et plusieurs arguments permettent de s'en convaincre.

En premier lieu, le texte introduit une nouvelle base juridique pour les procédures bâillons et le harcèlement judiciaire des chercheurs, journalistes, lanceurs d'alerte, syndicalistes et associations.

Les procédures bâillons consistent, pour les entreprises, à engager des procédures judiciaires à répétition à l'encontre de journalistes, de lanceurs d'alerte, syndicalistes ou encore d'ONG qui feraient des révélations d'intérêt général à l'encontre de leurs intérêts. Les exemples ne manquent pas : le journaliste Edouard Perrin et les lanceurs d'alerte Antoine Deltour et Raphaël Halet attaqués par la société luxembourgeoise PriceWaterCooperHouse suite à la révélation des Luxleaks ; l'association Sherpa, Médiapart ou encore Bastamag poursuivis en diffamation par le groupe Bolloré suite à la révélation d'informations sur les pratiques du groupe Bolloré en Afrique, etc.

Si ces procédures sont actuellement intentées en France sur le fondement de la diffamation, l'adoption de la loi sur le secret des affaires va offrir un nouveau fondement juridique aux grands groupes économiques pour poursuivre les acteurs de la société civile ayant un intérêt – autre qu'économique – à obtenir, utiliser et divulguer des informations protégées au titre du secret des affaires.

Ajoutons que les délais de prescription, de 3 mois actuellement en cas de diffamation sont allongés à 5 ans avec le secret d'affaires, à compter de l'obtention ou de la divulgation de l'information.

A cela s'ajoute que la loi prévoit une **atteinte au secret des affaires constituée dès la simple obtention des informations** concernant une entreprise, avec des sanctions financières lourdes pour l'obtention et la divulgation de ces informations. Le texte introduit aussi la possibilité de réparation du préjudice commercial, potentiellement des millions d'euros.

Par ailleurs, le fait que la loi prévoit que l'atteinte peut être constituée avant la diffusion de l'information constitue une grave remise en cause de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en instaurant un système de censure préalable. Cette loi a en effet aboli la censure *a priori* de la diffusion des informations, ce qui fait l'objet d'une jurisprudence constante.

Avec la loi sur le secret des affaires, le tribunal devient le juge de l'opportunité de cette censure préalable, ce qui porte gravement atteinte à la liberté d'information garantie par la loi de 1881 en mettant en péril la jurisprudence constante des tribunaux établie en la matière.

Ainsi, par exemple, dénoncer la dangerosité du Roundup de Monsanto permettrait à cette société de réclamer des millions d'euros de préjudice aux journalistes et lanceurs d'alerte, compte tenu du chiffre d'affaires réalisé grâce à ce produit. Il en est de même pour toutes les informations de nature à révéler un scandale de grande ampleur : les dangers du Médiateur du laboratoire Servier, les affaires LuxLeaks et Panama Papers, l'évasion fiscale d'UBS ou d'Apple, les pratiques de corruption chez Airbus ou Alstom, etc.

Ceux qui s'aventureraient à rendre publiques des informations internes aux entreprises s'exposeront donc à une procédure judiciaire longue et coûteuse, que la plupart d'entre eux seront incapables d'assumer face aux moyens dont disposent les multinationales et les banques.

Elise Lucet, journaliste et présentatrice de Cash Investigation, soulignait que : « *Les citoyens doivent absolument se mobiliser, et ils doivent se mobiliser vite (...) Nous pourrions avoir des procédures judiciaires avant même que ces émissions arrivent à l'antenne, vous pourriez donc en être tout simplement privés* »⁹.

Cette crainte est également celle des chercheurs car une telle loi va compliquer considérablement l'accès aux données, le travail de recherche ainsi que la diffusion des résultats de la recherche scientifique indépendante. Ainsi, Le Dr. Jean-Marc Bonmatin, Chercheur au CNRS en chimie et toxicologie, spécialiste de l'interaction entre pesticides et biodiversité, indique que : « *Les recherches que j'ai menées notamment sur l'impact des pesticides sur la biodiversité et maintenant sur la santé humaine n'auraient pas été possibles avec une telle loi, et encore moins la publication de ces résultats* »¹⁰.

En second lieu, les dérogations prévues par le texte¹¹ ne constituent pas une protection suffisante de la liberté d'expression et de communication, et ne reprennent pas l'ensemble des dispositions prévues par la directive, en dépit de ce qui est trop rapidement invoqué par les partisans de cette loi.

D'une part, ces exceptions ne dissuaderont pas les entreprises d'engager des « procédures bâillons » puisqu'elles sont en position de force pour ouvrir des procédures judiciaires eu égard au champ très large des informations protégées. D'autre part, les dérogations au principe seront nécessairement interprétées strictement par les tribunaux de commerce. En effet, les tribunaux de commerce ont plus pour habitude de juger des affaires de droit commercial que des affaires impliquant la conciliation entre différents droits fondamentaux, notamment concernant la liberté d'expression et d'information.

Deux exemples récents montrent que le secret des affaires est déjà très protégé en France, et que les tribunaux ont une acception très restrictive de la notion d'intérêt général lorsqu'il s'agit du secret des affaires :

- i. Dans un volet connexe de l'affaire LuxLeaks, la justice française a dû se prononcer sur la validité d'une ordonnance délivrée par le tribunal de grande instance de Metz en 2014, qui avait permis au cabinet PricewaterhouseCoopers de faire fouiller le domicile de son salarié Raphaël Halet pour identifier s'il était la source du journaliste Edouard Perrin. Le parquet a estimé, le 9 janvier 2018, que cette ordonnance était « *de nature à porter atteinte directement et indirectement au secret des sources des journalistes, sans motif légitime* ». Pourtant, le 6 février 2018, le tribunal a jugé qu'Edouard Perrin « *ne justifie plus d'une quelconque habilitation à défendre l'intérêt général ou l'intérêt général des journalistes* »¹².
- ii. En janvier 2018, la société Conforama a poursuivi le magazine Challenges pour avoir révélé que le fabricant de meubles était en difficulté. Le tribunal de commerce de Paris a condamné le

⁹ Vidéo d'E. Lucet disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=W5QvZii9QR4>

¹⁰ Vidéo de J-M Bonmatin disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=emybkdY8CBI>

¹¹ Nouvel article L. 151-7 du code de commerce introduit par la loi.

¹² Tribunal de grande instance de Metz, 1^{ère} chambre civile, ordonnance de référé du 6 février 2018, *Edouard Perrin c/ PricewaterHouseCoopers*.

magazine le 22 janvier dernier, arguant que l'information ne présentait aucun « *caractère d'intérêt général* » dans la mesure où aucun autre support d'information ne l'avait relayée.

« En conséquence, nous dirons que l'information litigieuse ne saurait revêtir le caractère d'une information du public sur un sujet d'intérêt général, étant rappelé que le magazine Challenge s'adresse à un public averti du monde des affaires et de l'économie, ce qui est démontré par l'absence de diffusion de cette information dans la presse télévisuelle, radiophonique et écrite qui s'adressent elles au plus large des publics ; que la défenderesse ne justifie aucunement avoir « poursuivi un but d'information du public sur un sujet d'intérêt général »¹³.

Pourtant, on aurait pu considérer que l'intérêt général ne se mesure pas à l'écho médiatique qu'a pu avoir une information. Il en a résulté que l'ensemble des médias ont évoqué l'affaire sans mentionner le nom de Conforama, par crainte d'être poursuivis à leur tour...

Dans ces conditions, en application des nouvelles dispositions de la loi, nul ne peut garantir par exemple que le Français Antoine Deltour aurait pu se prévaloir de la protection des lanceurs d'alerte pour se défendre lors du procès LuxLeaks, car les pratiques qu'il a mises au jour (la rédaction de rescrits fiscaux pour les multinationales par le cabinet PriceWaterhouseCoopers) ne constituaient pas une « *activité illégale* », ni une « *faute* », ni un « *comportement répréhensible* », mais une activité légale quoique fortement préjudiciable à l'intérêt général. Or la subordination potentielle, via la locution « y compris », de la définition française du lanceur d'alerte (art. 6 de la loi Sapin 2) à celle de la directive, porteuse d'insécurité juridique, peut à la fois porter atteinte à l'intégrité de la loi Sapin 2, et être un prétexte à la multiplication des procès baillons et à une auto-censure des associations et organes de presse.

Ainsi, laisser à l'appréciation des tribunaux, sans encadrement législatif, le soin de définir le champ des dérogations constitue une arme de dissuasion massive pour les journalistes, associations et lanceurs d'alerte. La loi conduira donc à l'auto-censure et constitue une entrave à la liberté d'informer et une grave régression de notre démocratie.

Par ailleurs, les dispositions contestées portent une atteinte disproportionnée au droit de participation des travailleurs (partie 4), à leur droit à la mobilité (partie 5) ainsi qu'au droit à un procès équitable (partie 6).

3- LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE COMMUNICATION EST UN PRINCIPE INHÉRENT À L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE

Conformément à sa jurisprudence en matière de lois de transposition de directives européennes, le Conseil exerce un contrôle de constitutionnalité restreint. Néanmoins, il s'autorise à veiller à ce que la transposition de la directive n'aille pas « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »¹⁴.

¹³ Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé du 22 janvier 2018, *Conforama c/ Les éditions Croque Futur*.

¹⁴ Cons. const. décis. n°2006-540, 27 juill. 2006, cons. 19.

Or, la liberté d'expression et de communication constitue bien un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

En effet, cette liberté est particulièrement enracinée dans notre histoire culturelle, politique et juridique et occupe dans le système des droits fondamentaux une « *place essentielle* ». « *Constituant une condition de la liberté de la pensée, elle exprime l'identité et l'autonomie intellectuelle des individus et conditionne leurs relations aux autres individus et à la société* »¹⁵.

La liberté d'expression et de communication est un acquis du courant des Lumières développé au cours du XVIIIème siècle où l'individualisme, couplé avec l'abolition des privilèges, particulièrement dans la France de 1789, a consacré le rôle central de l'homme dans l'organisation démocratique de la vie sociale et a développé la nécessité pour chacun de s'exprimer librement, alors que cette liberté était auparavant dévolue aux seules autorités royales et religieuses.

L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est dédié à la libre communication des pensées et des opinions et cette liberté est la seule expressément qualifiée dans la Déclaration d'un des « *droits les plus précieux de l'homme* »¹⁶. Ainsi, tirant les conséquences de cette singularité, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement l'importance de cette liberté : « *La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* »¹⁷.

Les atteintes portées à la liberté d'expression et de communication doivent donc être « *nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »¹⁸. Le Conseil constitutionnel a ainsi pu sanctionner une disposition interdisant de rapporter la preuve du fait diffamatoire, aux motifs que cette interdiction « *vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général* » et que, « *par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi* »¹⁹, à savoir la recherche de la paix sociale.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit également dans cette démarche en soulignant que la fonction de la presse est de diffuser des informations et des idées sur des questions d'intérêt public²⁰. Elle qualifie d'ailleurs les journalistes de « *chiens de garde de la démocratie* » dès lors qu'ils fournissent des informations sérieuses sur des questions d'intérêt général²¹.

¹⁵ M. Verpeaux, *La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 36, Dossier : La liberté d'expression et de communication, juin 2012.

¹⁶ « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* »

¹⁷ Cons. const. déc. n°2017-693, QPC du 2 mars 2018, cons. n°6.

¹⁸ Cons. const. déc. n°2017-693, QPC du 2 mars 2018, cons. n°6.

¹⁹ Cons. const. déc. n°2011-131 QPC du 20 mai 2011, cons. n°6.

²⁰ Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, § 51.

²¹ Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, §39.

Au cas présent, les circonstances de l'examen de la proposition de loi sur le secret des affaires ont permis d'apprécier l'importance accordée par les citoyens à la liberté d'expression et de communication. Les ONG, syndicats, journalistes et citoyens se sont mobilisés en masse, et la pétition stopsecretaffaires.org a recueilli à ce jour plus de 570 000 signatures contre la loi²². Selon une enquête Odoxa-L'Express réalisée en 2015, 62 % des sondés considéraient que les journalistes ont raison de s'inquiéter des menaces que cette mesure porte en germe contre le droit à l'information²³.

Ainsi, dans une société dont les principes démocratiques reposent sur la transparence, et eu égard à la revendication croissante des citoyens à être informés, des informations ne doivent pas pouvoir être arbitrairement retenues confidentielles.

4- LES ATTEINTES PORTÉES AU DROIT DE PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS

L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 prévoit que "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises".

Lorsque deux principes à valeur constitutionnelle entrent en contradiction, le Conseil constitutionnel doit veiller à ce que ces principes ne portent pas l'un à l'autre une atteinte disproportionnée au regard du but recherché.

Or, la loi litigieuse crée un article L. 151-8 qui prévoit que "Le secret des affaires n'est également pas protégé lorsque :

« 1° L'obtention du secret des affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ;

« 2° La divulgation du secret des affaires par des salariés à leurs représentants est intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice.

L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance."

Cet article est une atteinte majeure au droit de participation des travailleurs. En effet, le droit à l'information, à la consultation et à la négociation est un droit qui appartient *in fine* aux salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants syndicaux et de leurs représentants du personnel. Par conséquent, il est essentiel que les représentants syndicaux et du personnel puissent communiquer (et donc "divulguer") aux salariés des éléments nécessaires à leur parfaite compréhension de la situation de l'entreprise, afin de pouvoir participer efficacement à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. Il est peu imaginable que les représentants du personnel et syndicaux prennent seuls leurs décisions, sans consultation préalable des salariés et des syndiqués, en leur dissimulant des informations importantes.

²² <http://info.pollinis.org/fr/stopsecretaffaires/>

²³ Enquête Odoxa réalisée auprès d'un échantillon de Français interrogés les 25 et 26 juin 2015 (1018 personnes représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus).

Or, cet article n'exclut de la protection du secret des affaires que l'obtention des informations par leurs représentants, et non leur utilisation ou leur divulgation. Il précise d'ailleurs explicitement que l'information ainsi obtenue reste protégée au titre du secret des affaires.

Si l'on peut entendre que toute information ne peut être relayée par les représentants élus et mandatés auprès des salariés, cette atteinte au droit de participation doit être cependant proportionnée au but recherché. Le Conseil constitutionnel doit donc vérifier s'il n'existe pas d'autres moyens pour protéger le secret des affaires qui soient moins attentatoire à ce droit fondamental.

Or, les élus du personnel et les mandatés sont déjà soumis à une obligation de discrétion, qui jusqu'à présent a fait toutes les preuves de son efficacité.

Ainsi, l'article L. 2315-3 du code du travail précise : "Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication.

Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique et les représentants syndicaux **sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur."**

L'article L. 151-8 s'ajoute donc à l'article L. 2315-3 du code du travail. Les représentants des salariés sont donc soumis à une double obligation aux contours, définitions, sanctions et régimes juridiques distincts.

Cette double obligation est dissuasive de toute communication d'informations aux salariés, ce qui revient à dénaturer le droit de participation garanti par la Constitution, et ce de manière parfaitement disproportionnée puisque le code du travail prévoyait déjà une obligation de discrétion des informations confidentielles.

Par ailleurs, cette obligation de discrétion, prévue par l'article L. 2315-3, tel qu'interprétée par la jurisprudence, est plus respectueuse du droit à la participation : en effet l'employeur doit expressément préciser que l'information est confidentielle, ce qui évite aux représentants des salariés de s'auto-censurer inutilement. Par ailleurs, la Cour de cassation précise que c'est à l'entreprise qu'il appartient de prouver que l'information est de nature confidentielle, au regard des intérêts légitimes de l'entreprise²⁴. Ce même arrêt précise qu'un employeur qui abuse de l'obligation de discrétion vis-à-vis des représentants du personnel porte une atteinte illicite aux prérogatives des membres du comité d'entreprise.

Cette obligation de discrétion, déjà existante, est suffisamment protectrice du secret des affaires et moins attentatoire au droit à la participation que la loi litigieuse.

Elle constitue par ailleurs une transposition parfaitement suffisante de la directive (UE) 2016/943. Il est à noter que le préambule de la directive précise dans son paragraphe 18 :

"En outre, l'obtention, **l'utilisation ou la divulgation** de secrets d'affaires, lorsqu'elle est imposée ou autorisée par la loi, devrait être considérée comme licite aux fins de la présente directive. Cela concerne notamment l'obtention **et la divulgation** de secrets d'affaires dans le cadre de **l'exercice des droits des représentants des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation** conformément au droit de l'Union, aux droits nationaux et aux pratiques nationales, **et dans le cadre de la défense collective des intérêts des travailleurs** et employeurs (...)"

²⁴ Cass. soc. 5 novembre 2014, n°13-17270

5- LES ATTEINTES PORTÉES AU DROIT À LA MOBILITÉ

La liberté de circulation est un droit fondamental garanti expressément par l'article 13 de de la Déclaration universelle des Droits de l'homme. Elle n'est qu'un sous-ensemble du respect de la liberté au sens large. Le devoir de travailler et le droit à obtenir un emploi sont également garantis à l'alinéa 5 du préambule de la Constitution.

Il en résulte un droit à la mobilité géographique et professionnelle du salarié, sans en être empêché par son employeur.

Ce droit nécessite donc que toute clause de non-concurrence soit précisément encadrée par la loi.

Or la loi litigieuse ne prévoit pas de protection particulière pour les salariés qui auraient accès à une information relevant du secret des affaires et qui quitteraient leur emploi pour travailler dans une autre entreprise. Elle ne prévoit aucune proportionnalité des limitations au droit de retrouver un emploi (par exemple : limitation des clauses de non concurrence dans le temps, limitation géographique, adaptation aux spécificités de l'emploi du salarié, contrepartie financière d'un montant proportionnel à l'ampleur de la sujétion imposée par la clause...).

Cet encadrement aurait de plus été parfaitement conforme aux règles prévues par la directive (UE) 2016/943, qui prévoit dans le paragraphe 13 de son préambule : "La présente directive ne devrait pas être considérée comme restreignant la liberté d'établissement, **la libre circulation ou la mobilité des travailleurs** prévues par le droit de l'Union".

L'article premier troisièmement précise que : "Rien dans la présente directive ne peut être interprété comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, la présente directive ne permet aucunement : (...)

b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions;

c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union ou au droit national."

En ne prévoyant aucune règle pour garantir la libre circulation et le droit à l'emploi des travailleurs, la loi litigieuse ne respecte donc pas la Constitution.

6- SUR L'ATTEINTE AU DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

L'article 9, 2. de la directive prescrit aux Etats membres de prendre des mesures afin de protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaire utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Parmi les mesures à prendre afin d'atteindre cet objectif, la directive prescrit notamment de prévoir la possibilité de restreindre « à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document contenant des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués produits par les parties ou par des tiers».

L'objectif de la directive serait parfaitement atteint par une limitation de la publicité des débats et de publication des décisions, mesures d'ailleurs prévues par la loi.

Pourtant, l'article L153-1 du code de commerce issue de l'article 1^{er} de la loi procède à une transposition particulièrement maximaliste qui excède notablement les prescriptions du texte européen, en prévoyant notamment la possibilité pour le juge, d'office ou à la demande d'une partie, de prendre seul connaissance de pièces produites aux débats et d'en limiter la communication ou la production à une version résumée ou expurgée et/ou d'en limiter l'accès à certains représentants des parties.

L'application de ce texte conduirait à permettre au demandeur sollicitant la protection du secret des affaires de présenter au juge des documents auxquels le défendeur n'aurait pas accès en intégralité.

La décision du juge pourrait ainsi être influencée par des pièces produites par l'une des parties et non soumises en intégralité à la contradiction de la partie adverse. En créant ainsi les conditions dans lesquelles une partie pourrait être condamnée au vu de documents auxquels elle n'aurait pas eu un accès complet et qu'elle n'aurait pas pu discuter pleinement, le texte porte une atteinte majeure aux droits de la défense, au principe d'égalité des armes et au droit à un procès équitable protégés tant par la jurisprudence du Conseil constitutionnel que par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

La simple affirmation dans l'alinéa premier de l'article L153-1 du code de commerce issu de la loi que l'usage de cette disposition devrait se faire « sans préjudice de l'exercice des droits de la défense » n'est qu'une clause de style qui ne crée aucune garantie effective et ne vient pas atténuer l'atteinte portée au droit à un procès équitable.

7- CONCLUSION : LA NÉCESSITÉ DE DÉCLARER LA LOI CONTRAIRE À LA CONSTITUTION ET DE RESTREINDRE SON CHAMP D'APPLICATION AUX SEULES RELATIONS ENTRE LES ACTEURS ÉCONOMIQUES CONCURRENTS

Pour toutes ces raisons, la reconnaissance de la validité constitutionnelle des dispositions de la loi constituerait un précédent redoutable. Il s'agirait d'un renversement de nos valeurs et, par suite, d'une modification profonde, susceptible d'être étendue demain à d'autres secteurs que celui des affaires, des pouvoirs des journalistes et lanceurs d'alerte dans une société libre.

On ne peut traiter cette question en considérant que l'évolution historique au profit de la compétitivité des entreprises au niveau international conduit nécessairement à prendre de telles libertés avec les droits fondamentaux édictés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il existe un point au-delà duquel, lorsqu'il est atteint, la liberté, formellement proclamée, cède sous le poids des multiples contraintes qui, accumulées, la vide de son contenu.

Dans ces conditions, il est demandé au Conseil constitutionnel de tirer toutes les conséquences de ce qui précède et de déclarer la loi contraire à la Constitution. Nous attirons notamment l'attention du conseil constitutionnel sur la nécessité de restreindre le champ d'application de la loi aux seules relations entre

les acteurs économiques concurrents, ou de ne considérer illicite l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires que lorsqu'elle l'a été dans un but de concurrence illégitime. Ceci permettrait de « *vider de son venin* » cette disposition devant les juridictions.

Une telle délimitation serait conforme à l'objectif de la directive européenne transposée et à l'accord ADPIC qui lui a servi de base pour renforcer et harmoniser la protection juridique accordée aux secrets des affaires dans les États membres. Pour mémoire, l'article 39 de l'accord ADPIC relatif à la protection des renseignements non divulgués est à l'origine de la définition du « *secret d'affaires* » prévue à l'article 2§1 de la directive n°2016/943. Or, selon les dispositions de cet article 39²⁵, c'est bien l'objectif d'assurer une « *protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967)* » qui est poursuivi.

Une telle délimitation serait également bienvenue au regard du principe de clarté des lois qui découle de l'article 34 de la Constitution²⁶, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire.

²⁵ « 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 honnêtes, 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. »

²⁶ Cons. const. décis. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, cons. n°9.

Signataires :

Arazi Marc, Président **d'Alerte PhoneGate**, Berille Luc, Secrétaire général de l'**UNSA** ; Beynel Éric, Porte-parole de **Solidaires** ; Binet Sophie et Kotlicki Marie-José, Secrétaires générales de l'**UGICT-CGT** ; Bounaud Laurène, Déléguée générale de **Transparency International** ; Cellier Dominique, Président de **Sciences Citoyennes** ; Collectif « **On ne se taira pas !** » ; Coriat Benjamin et Sterdyniak Henri, **Économistes atterrés**; Cossart Sandra, Directrice de **Sherpa**; Derigny Alexandre, secrétaire général de la **fédération des finances CGT** ; Dubreuil Katia, Présidente du **Syndicat de Magistrature** ; Duval Guillaume, Président du **Collectif Éthique sur l'étiquette** ; Faucheux Benoît, Directeur général de **CCFD Terre Solidaires** ; Groison Bernadette, secrétaire générale de la **FSU** ; François Hommeril, secrétaire général de la **CFE-CGC** ; Kalinowski Wojtek, Co-directeur de l'Institut **Veblen** ; Ingrid Kragl, directrice de **FoodWatch**, Laarman Nicolas, Délégué général de **Pollinis** ; Lanier Vincent, Premier secrétaire général du **Syndicat national des journalistes** ; Lepers Elliot, Directeur de l'ONG **Le Mouvement** ; Martinez Philippe, secrétaire général de la **CGT** ; Monfort Patrick, Secrétaire général du **SNCS-FSU** ; Pedersen Birthe, Présidente d'**Action Aid France – Peuples Solidaires** ; Peres Éric, Secrétaire général de **FO Cadres** ; Perrin Édouard, Président du Collectif « **Informer N'est Pas un Délit** » ; Jean-Christophe Picard, président **d'Anticor** ; Plihon Dominique et Trouvé Aurélie, **Porte-paroles d'ATTAC** ; Poilane Emmanuel, Directeur général de **France Liberté** et président du **CRID** ; Poitier Julie, Directrice de **Bio Consom'Acteurs** ; Pouget Grégoire, Président de **Nothing2Hide** ; Roques Laurence, Présidente du **Syndicat des Avocats de France** ; Rizzoli Fabrice, **CrimHalt** ; Salemkour Malik, Président de la **Ligue des Droits de l'Homme** ; Vire Emmanuel, Secrétaire général du **Syndicat National des Journalistes CGT**; Youakim Marie, Co-présidente de **Ritimo** ; SDJ des **Échos** ; SDJ de **Premières Lignes** ; SDJ de **BFMTV** ; SDJ de **l'AFP** ; SDJ de **Challenges** ; SDJ de la rédaction nationale de **France 3** ; SDJ de **Télérama** ; SDJ du **JDD** ; SDJ du **Point** ; SDJ de **l'Humanité** ; SDJ **Nouvel Observateur** ; **LaTéléLibre**, De Château Thierry Brigitte, Présidente de la **CFTC-Cadres**