

**Le secret des affaires et la liberté d'informer**  
**Conférence GGI - samedi 6 juillet 2019**

---

Chers Amis,

Bienvenue, au nom du cabinet Herald, à ce séminaire francophone.

Bienvenue à Paris qui compte 30.000 avocats.

Bienvenue à Paris, capitale de la France, pays des libertés.

## **I. - LA LIBERTÉ D'INFORMER**

Parmi ces libertés, la liberté de la presse est, chacun le sait, un principe essentiel pour garantir la démocratie.

Il y a 171 ans, Victor Hugo haranguait les députés à l'Assemblée nationale.

C'étaient les débuts de la Deuxième République :

*"Le principe de la liberté de la presse n'est pas moins essentiel, n'est pas moins sacré que le principe du suffrage universel. Ce sont les deux côtés du même fait. Ces deux principes s'appellent et se complètent réciproquement.*

*La liberté de la presse à côté du suffrage universel, c'est la pensée de tous éclairant le gouvernement de tous. Attenter à l'une, c'est attenter à l'autre."*

Cette liberté de pensée, cette liberté d'opinion, cette liberté d'expression, ont été garanties dans les sociétés démocratiques depuis le 18<sup>e</sup> siècle.

C'est le "*bill of rights*" anglais de 1689.

C'est la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Article 11 :

*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.*

C'est le premier amendement de la constitution des États-Unis de 1791.

En France, c'est l'une des grandes lois de la Troisième République, celle du 29 juillet 1881 qui consacrera la liberté de la presse, liberté qui sera reconnue par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, qui précise, dans son article 10-1 :

*"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 frontière."*

La liberté de la presse, dois-je insister, est donc un élément fondamental de notre démocratie.

Mais, si l'on regarde de plus près notre société et sa façon de penser, force est de constater une certaine évolution des citoyens, des membres du corps politique, des autorités de l'État et des puissances capitalistiques.

Je vais vous en donner un exemple simple et récent : nous avons connu en France, à la fin de l'année dernière et au début de cette année, un mouvement de révolte populaire important, une sorte de jacquerie baptisée "*les gilets jaunes*".

Ce mouvement, qui était assez spontané et qui rejetait toute appartenance soit à un syndicat, soit à un parti politique, s'est structuré rapidement sur l'ensemble du territoire de la République, en occupant les ronds-points de circulation automobile.

Il fallait évidemment rendre compte de cette situation, d'autant que des manifestations violentes ont éclaté !

Apparemment mécontents du traitement de l'information, les gilets jaunes ont pris fait et cause contre des journalistes : ils ont tenté de bloquer la rédaction de L'Est Républicain le 4 janvier 2019, tenté d'empêcher la livraison de la Charente Libre le 10 janvier 2019, tenté le blocage de La Voix du Nord à Valenciennes le 11 janvier 2019, tenté le blocage du centre d'impression de L'Yonne Républicaine le 12 janvier 2019.

Et des photos connues de tous montrent des gilets jaunes expliquant que Russia Today, qui est une chaîne de télévision diffusée sur les réseaux sociaux dont la dépendance à l'égard du pouvoir politique russe est évidente, chaîne qui reliait les propos des gilets jaunes sans distance ni filtre, était plus exacte que les grands médias nationaux : presse radiophonique, télévisuelle ou écrite.

Les hommes politiques se sont également défiés publiquement des journalistes et de la presse.

Au plus haut sommet de l'État, le président de la République, Emmanuel Macron, a lâché : "*Nous avons une presse qui ne cherche plus la vérité*".

Et, pire encore, Jean-Luc Mélenchon, président de La France insoumise, s'est laissé aller à dire : "*La haine des médias et de ceux qui les animent est juste et saine*".

On voit que la sérénité n'est plus de mise.

Et on voit le gouvernement réfléchir à remettre en cause la loi de 1881, au prétexte de la spécificité de celle-ci, cette loi qui protège les journalistes puisqu'elle est très précise quant à l'argumentation des griefs qui doivent être faits lorsqu'un article est jugé attentatoire à l'honneur ou à la réputation d'une personne et qu'elle est extrêmement tatillonne quant à la procédure.

J'ajoute que la jurisprudence s'est toujours montrée favorable à la protection des journalistes, tant elle est soucieuse d'assurer une information aussi large que possible du citoyen.

Ainsi, les dommages-intérêts accordés sont souvent contenus dans des limites raisonnables.

Or, cette loi de 1881, le gouvernement envisage de la remettre en cause, pour soumettre la presse au régime juridique de droit commun, c'est-à-dire celui de l'article du Code civil que tout un chacun connaît :

*"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est survenu à le réparer".*

Il s'agit, alors, non plus d'un principe de protection de l'information, mais d'un principe général de responsabilité, et le journaliste se trouvera, non plus devant des juges spécialisés, mais devant n'importe quel tribunal en France pour répondre d'un fait fautif qu'il appartiendra à un juge de qualifier selon sa jurisprudence propre.

Les journalistes et les organes de presse écrite, radiophonique et télévisuelle sont évidemment vent debout devant cette perspective.

Enfin, les entreprises s'en prennent également aux journalistes avec des procédures qualifiées de procédures baillons, c'est-à-dire des procédures au terme desquelles les dommages et intérêts sollicités des tribunaux sont si importants qu'ils conduisent à dissuader les organes de presse d'enquêter sur ceux qui sont ces acteurs judiciaires.

C'est le cas bien connu du groupe Bolloré qui a récemment assigné France Télévisions à l'occasion de la diffusion d'un reportage sur ses plantations d'huile de palme au Cameroun, procédure engagée au Cameroun, à Douala, où la diffamation est punie de prison ferme, mais aussi devant le Tribunal correctionnel de Nanterre pour diffamation, et encore devant le Tribunal de commerce de Paris pour dénigrement, le total des condamnations sollicitées s'élevant à plus de 50 millions d'euros.

Heureusement, le groupe Bolloré n'a pas triomphé dans sa stratégie, mais on voit de près les risques encourus par la presse, face à de telles procédures...

... Et l'inquiétude légitime des groupes de presse face à de telles procédures.

Or, la question de la protection du secret des affaires vient maintenant tamponner directement ce principe de la liberté d'informer : s'il est évidemment légitime d'informer, il est tout aussi légitime de protéger le secret des entreprises afin de garantir leur épanouissement économique...

## **II. - LE SECRET DES AFFAIRES**

Cette protection est, en réalité, une question factuelle.

En effet, les entreprises protègent par des titres de propriété industrielle leurs découvertes via leurs brevets, leurs signes distinctifs via les marques, leurs obtentions végétales, mais leur know-how, leurs secrets de fabrique ne font pas l'objet de dépôts et de revendications qui auraient pour conséquence de divulguer aux tiers le secret qui fait leur richesse.

Ainsi, parmi les exemples les plus connus, est celui de la formule de John Pemberton.

Il la dépose aux États-Unis, à Atlanta, où elle est brevetée et maintenant dans le domaine public.

Mais elle est interdite de fabrication, compte tenu de ses ingrédients.

Vous l'avez compris, c'est la formule du Coca-Cola et, si vous consultez la fiche Wikipédia de ce produit, vous constaterez que sa formule actuelle n'est pas communiquée par la firme, au nom du secret industriel.

Pourtant, les ingrédients sont parfaitement quantifiés depuis l'invention des techniques de chromatographie.

Mais le procédé de fabrication est totalement secret.

La saveur particulière du Coca-Cola provient principalement d'un mélange de sucre et d'essences d'orange, citron et vanille... c'est un mystère qui fait la fortune de l'entreprise et c'est un secret protégé.

La protection des secrets a été récemment structurée juridiquement par l'introduction de la directive du 8 juin 2016 sur le secret des affaires, directive européenne visant à protéger les savoir-faire et les informations commerciales non divulguées contre leur obtention, leur utilisation et leur divulgation illicites.

Et le texte de la directive a été codifié de façon élargie dans le Code de commerce par la loi du 30 juillet 2018.

L'article L.151-1 du Code de commerce dispose que le secret des affaires est constitué par une information répondant à trois critères cumulatifs :

- d'abord, elle n'est pas en elle-même, ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'information en raison de leur secteur d'activité,
- ensuite, elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret,
- enfin, 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.

On voit ainsi qu'entrent dans cette définition toutes sortes d'informations stratégiques pour les entreprises qui ne faisaient, jusqu'à présent, l'objet d'aucune protection.

Ainsi, lorsque des produits sont mis au point, la phase finale peut donner lieu à un brevet protecteur mais toutes les étapes intermédiaires, études préalables ou même pistes abandonnées, peuvent permettre à des concurrents qui en auraient connaissance d'avancer significativement dans leurs recherches.

Jusqu'alors, ces éléments n'étaient pas protégés.

D'autres éléments, non techniques, mais tout aussi stratégiques pour l'entreprise, sont également rattachés à cette notion.

Seront ainsi protégés tous plans d'action, projets de partenariat, projets de cession, études marketing ou commerciales, projets publicitaires, listes de clientèle, statistiques de vente, informations financières ou comptables...

L'obligation de confidentialité perdure sans limite précise de temps.

Or on sait qu'un brevet est valable 20 ans.

C'est dire si ce secret des affaires a une protection extrêmement renforcée.

Cependant, cette protection cesse (selon la règle prévue par l'article L.152-3, alinéa 5) si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles.

Vous l'avez compris, la définition est extrêmement large, assez floue, et laisse penser que toutes les informations liées à une activité commerciale pourraient être protégées, et ce, au détriment de la liberté d'informer qui se retrouverait lésée, face aux intérêts économiques des entreprises.

### **III. - LES SANCTIONS PRÉVUES PAR LA LOI**

En cas de violation du secret des affaires, la loi a posé un principe général de protection des plus larges puisqu'il vise non seulement les atteintes réalisées, à l'instar de la directive, mais également celles qui ne sont pas encore réalisées.

Il offre, en effet, la possibilité au juge de prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une atteinte au secret des affaires (article L.152-3, I).

Et, quant aux dommages et intérêts, ceux-ci sont évalués en prenant en considération le gain manqué, la perte subie et le préjudice moral.

La rédaction de l'article prévoyant cette indemnisation (L.152-6) reprend quasiment identiquement l'article L.331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Le législateur a donc voulu appliquer clairement à la violation du secret des affaires des règles identiques à la contrefaçon.

Ce sont donc des dispositions particulièrement favorables à une indemnisation large du préjudice.

En outre, il est possible au juge de condamner celui qui viole le secret des affaires au paiement d'une amende civile qui ne peut être supérieure à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts, mais qui, en l'absence de demande de dommages et intérêts, peut aller jusqu'à 60.000 € (L.152-8 du Code de commerce).

Dès lors, on le voit, dans la mesure où l'atteinte au secret des affaires consiste à considérer que le caractère illicite de l'obtention de l'information est lié à l'absence du consentement du détenteur légitime de celle-ci 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,

il va devenir extrêmement difficile pour les journalistes d'investigation de pouvoir produire des documents justifiant des faits dénoncés dans l'enquête qu'ils mènent.

Or, on sait que la preuve de la bonne foi du journaliste résulte notamment dans le sérieux de l'enquête qu'il mène.

Comment justifier de ce caractère sérieux si les documents sont obtenus de façon illicite ?

Certes, le texte de l'article L.151-8 du Code de commerce laisse ouverte une porte en disposant que :

*"à 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 pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication."*

Mais, si l'on comprend bien le texte, lorsque l'article est paru ou le reportage diffusé, quid de l'obtention d'un secret lors de la construction de l'enquête ?

On voit ici le risque sérieux qui pèse sur la presse d'information.

#### **IV. - ÉLÉMENTS DE JURISPRUDENCE**

C'est évidemment là que se trouve la réponse aux questions pratiques que nous pouvons nous poser.

On pourrait caricaturer en disant que, si le caractère illicite de l'obtention de l'information couverte par le secret des affaires est lié à l'absence du consentement du détenteur légitime de l'information (article L.151-4), seuls les communiqués de presse deviendront, avec les contenus relus et validés par leur émetteur, l'unique matière des articles de presse juridiquement sécurisés.

Et, dans cette hypothèse, que sera la presse si la seule information qu'elle délivre est celle validée par l'entreprise à laquelle le journaliste s'intéresse ?

Nous avons plusieurs exemples jurisprudentiels de ce conflit qui méritent d'être successivement et rapidement examinés.

##### **1<sup>er</sup> exemple : TUI / Tour Mag.com**

Pour bien comprendre ces décisions, il faut avoir à l'esprit la jurisprudence antérieure à la directive car la loi française protégeait déjà, mais de façon bien moindre, le secret des affaires (TUI / Tour Mag.com).

Dans cette jurisprudence, Tour Mag.com avait publié, le 9 février 2012, un article en ligne intitulé "*TUI France : le PSE n'épargnera aucun service du groupe, même pas le chauffeur*", détaillant l'intégralité du plan de sauvegarde de l'emploi au sein de cette société.

TUI France a considéré que cette publication lui causait un grave préjudice et a obtenu en référé que l'article soit retiré sous astreinte de 1.000 € par jour de retard.

Tour Mag.com a fait appel mais la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance (CA Paris, 20 décembre 2012 - 12/04608), *"considérant que, si un organe de presse a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site Internet ainsi que le font valoir à juste titre la société Tour Mag.com et le Syndicat de la presse indépendante d'information en ligne, il apparaît, sans méconnaître les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers"*.

La Cour de cassation devait confirmer cet arrêt, évidemment restrictif, aux motifs que *"la liberté de l'organe de presse de communiquer des informations au public sur un site Internet peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire, soit pour éviter la divulgation d'informations confidentielles portant atteinte aux droits des tiers, soit pour protéger la liberté et la propriété d'autrui, étant observé que l'article L.2325-5 du Code du travail répute confidentielles les informations qui, formulées à l'intention des membres du comité d'entreprise et des représentants syndicaux, revêtent ce caractère et leur sont présentées comme telles par l'employeur."*

La Cour de cassation a relevé les profondes perturbations qu'en l'espèce, les divulgations opérées étaient de nature à apporter dans les relations sociales internes à l'entreprise, comme dans ses rapports commerciaux, en procurant à ses concurrents des informations exploitables à son détriment.

## **2<sup>e</sup> exemple : affaire Conforama / Challenges**

Plus récemment, Challenges a publié, le 10 janvier 2018, un article intitulé *"Exclusif : Conforama serait placé sous mandat ad hoc"*.

Conforama a assigné Challenges en référé et obtenu que l'article soit retiré sous astreinte de 10.000 € par jour de retard.

La motivation du juge des référés était que les informations relatives aux procédures de prévention des difficultés étaient couvertes par la confidentialité imposée par l'article L.611-15 du Code de commerce pour protéger les droits et libertés des entreprises concurrentes recourant à ces procédures.

Et le juge des référés de préciser que la 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 un trouble manifestement illicite.

La Cour de Paris devait adopter, le 6 juin 2019, une position radicalement opposée en jugeant que :

*"Les difficultés économiques importantes (déficit de 2 milliards d'euros) d'un groupe tel que le sud-africain Steinhoff qui seraient imputables à des irrégularités comptables et ses répercussions sur un groupe tel que Conforama, qui est un acteur majeur de l'équipement de la maison en Europe et qui emploie 9.000 personnes en France, constituent sans conteste un sujet d'intérêt général."*

*"Au vu des considérations qui précèdent, il ne saurait donc être exclu que l'information du grand public selon laquelle le groupe Conforama serait placé sous mandat ad hoc afin de rechercher un accord avec ses créanciers contribue à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général."*

On retiendra ici que cet arrêt précise expressément que l'article L.611-15 du Code de commerce est compatible avec l'article 5 de la directive européenne sur le secret des affaires.

### **3<sup>e</sup> exemple : Natixis / UFC Que Choisir**

Vous noterez qu'il existe quelques fondements juridiques spécifiques qui permettent d'obtenir la publication d'informations confidentielles auxquelles les entreprises tentent d'opposer le secret des affaires.

Ainsi, l'article L.621-12-1 du Code monétaire et financier dispose que l'AMF peut transmettre à la juridiction saisie d'une action en réparation d'un préjudice, qui en fait la demande, les procès-verbaux et les rapports d'enquête ou de contrôle qu'elle détient dont la production est utile à la solution du litige.

Dans le litige ayant opposé Natixis Asset Management au magazine UFC Que Choisir, vous retiendrez que, le 25 juillet 2017, l'AMF avait condamné Natixis à une amende de 35 millions d'euros pour non-respect de ses obligations en matière d'information et de structuration des frais de gestion de ses fonds à formule, commercialisés entre 2012 et 2015.

Sur le fondement de l'article L.621-12-1 du Code monétaire et financier, l'association UFC Que Choisir a demandé à l'AMF la communication du dossier, ce qu'a refusé Natixis au nom du respect du secret des affaires.

Le Tribunal de grande instance de Paris a statué en faveur de l'association, estimant, dans une décision du 3 avril 2019 :

*"qu'il n'est pas démontré, à défaut de connaître à ce stade le contenu des procès-verbaux de l'enquête de l'AMF, que le droit au respect de la vie privée et familiale, ou le secret des affaires, s'opposeraient à la communication des informations requises."*

### **4<sup>e</sup> exemple : affaire du Levothyrox**

La première affaire connue sur la transposition de la directive européenne est celle dite du Levothyrox.

L'avocat d'une association de malades de la thyroïde a sollicité, de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, la communication de documents liés au Levothyrox.

Cet avocat avait demandé une copie de l'autorisation de mise sur le marché du Levothyrox, laquelle lui a été transmise par l'Agence du médicament, mais après qu'avaient été effacées des informations importantes, notamment le lieu de production et le nom de l'entreprise qui fabrique le principe actif de la nouvelle formule, et ce au nom du secret des affaires.

L'avocat a soutenu que l'ANSM avait attendu l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2018 (transposant la directive dans le Code de commerce) pour dissimuler ces informations, ce contre quoi l'ANSM a protesté.

Mais on voit ainsi que le secret des affaires infuse la vie des dossiers et l'information disponible.

### **5<sup>e</sup> exemple : "Implant files"**

Dans le même esprit, et toujours dans le cadre de la mise en œuvre de cette directive "*secret des affaires*", les journalistes du Monde avaient demandé à la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) la liste des dispositifs médicaux ayant été certifiés et ceux ayant été rejetés, dont la célèbre affaire "*Implant files*".

La CADA a refusé, le 26 novembre 2018, la communication de ces documents en se référant au secret des affaires (elle vise l'article L.311-6 CRPA – Code des relations entre la presse et l'administration – qui énumère l'ensemble des secrets opposables aux tiers, dont le secret des affaires issu de la transposition de la directive européenne).

L'avocat du journal Le Monde a lâché :

*"Nous sommes face à une autorité publique qui refuse de communiquer certaines données sans fournir de justification, alors qu'elles présentent un intérêt évident pour la santé publique."*

Le 26 juin dernier, 36 organisations, notamment des sociétés de journalistes, ont rejoint le journal Le Monde dans son recours contre cette décision de la CADA.

### **V. - QUE PENSER DE TOUT CELA ?**

Il est un peu tôt pour se demander comment les juridictions vont faire le tri entre la liberté d'information, nécessaire à toute société démocratique, et la protection du secret des affaires, nécessaire au développement économique des entreprises.

J'ai tendance à penser que l'intérêt général du sujet de l'enquête, bref l'intérêt du public, fera primer la liberté d'information sur le secret des affaires.

Ainsi, dans l'affaire Conforama, on sait, depuis jeudi dernier, qu'il va être procédé à 1.900 licenciements dans ce groupe.

Cette information est maintenant connue de tous.

Comment aurait-on jugé aujourd'hui une décision qui aurait interdit aux journalistes de faire état du mandat ad hoc qui avait été sollicité par ce groupe auprès du Tribunal de commerce ?

Mais il faut voir que cet équilibre entre l'information et le secret des affaires renvoie à d'autres notions importantes, et singulièrement au rôle des consommateurs qui prennent aujourd'hui les choses en main afin d'être mieux informés.

Ainsi, l'application YUKA déchiffre la liste des ingrédients de vos produits alimentaires et de vos produits de beauté en vous proposant des alternatives plus saines aux produits qui sont, sinon dangereux pour la santé, tout du moins médiocres.

De la même façon, l'association UFC Que Choisir procède régulièrement à des enquêtes, qui dérangent les industriels, sur les couches pour bébés, les crèmes solaires et autres produits de beauté.

C'est dans la droite ligne de ce qu'avait fait, en 1965, Ralph Nader dans son ouvrage "*Unsafe at any speed*", dénonçant le comportement des industriels de l'automobile qui refusaient d'investir pour augmenter la sécurité des automobilistes et qui privilégiaient le confort au détriment de la sécurité.

Vous l'avez compris, au cœur de tout ceci, se trouve le citoyen.

Il a le droit d'être informé, il a le droit de savoir ce qui le concerne, il a le droit de connaître les risques auxquels il est exposé, et le secret des affaires sera opposé vainement, à mon avis, à des informations de ce type.

En revanche, dès lors qu'il n'y a pas d'intérêt général à révéler des choses que les entreprises souhaitent conserver secrètes, le secret des affaires s'opposera à la liberté d'information.

C'est un équilibre qu'il convient de trouver.

Nul doute que, dans la recherche de cet équilibre, les avocats auront un rôle de premier plan pour faire prévaloir les intérêts de leurs clients.

Bâtonnier Jean Castelain