

Paris, le 10 juillet 2018

**Observations du Gouvernement
sur la loi relative à la protection du secret
des affaires**

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours de plus de soixante députés puis d'un recours de plus de soixante sénateurs contre la loi relative à la protection du secret des affaires. Ces recours appellent, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

I/ Il est soutenu en premier lieu, tant par les députés que par les sénateurs requérants, que la loi déferée porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Tel n'est pas l'avis du Gouvernement.

1°/ Il sera observé à titre liminaire que plusieurs des dispositions de la loi déferée qui sont critiquées à ce titre, à savoir l'article L. 151-1, l'article L. 151-8, premier, deuxième et troisième alinéas et l'article L. 152-4 du code de commerce dans leur rédaction issue de l'article 1^{er} de la loi, se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des articles 2, 5 (premier, deuxième et troisième alinéas) et 10, respectivement, 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 (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, dont elles ont pour objet d'assurer la transposition en droit interne des objectifs qu'ils poursuivent. Aussi n'appartient-il pas au Conseil constitutionnel, selon la jurisprudence qu'il a fixée par sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (cons. 18 à 20 et 28 à 35) et récemment étendue au cas de l'adaptation du droit interne à un règlement de l'Union européenne (décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, paragraphes 2 à 4), de contrôler leur conformité à la Constitution.

Vainement est-il soutenu à cet égard par les sénateurs requérants que la liberté d'expression est au nombre des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France dont il appartient au Conseil constitutionnel de veiller au respect, même dans le cadre d'une loi de transposition d'une directive. Il y a lieu de relever sur ce point que l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 du traité sur l'Union européenne donne la même valeur juridique qu'aux traités eux-mêmes, et l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier, garantissent également cette liberté. Faute, dès lors, que la protection par l'article 11 de la Déclaration de 1789 présente une spécificité, il n'y a pas matière à l'exercice d'un contrôle par le Conseil constitutionnel.

2°/ En tout état de cause, les griefs d'atteinte à la liberté d'expression soulevés contre ces dispositions sont dépourvus de tout fondement.

a) D'une part, la définition par l'article L. 151-1 nouveau du code de commerce des informations protégées au titre du secret des affaires ne présente pas les ambiguïtés que lui prêtent les auteurs des deux saisines. Les trois critères cumulatifs, repris de l'article 2 de la directive, déterminent une catégorie précisément identifiée ; en particulier, les notions d'informations généralement connues ou aisément accessibles ne sauraient être regardées comme équivoques et conférant en pratique au juge le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi (voir sur ce critère, sous l'angle de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 9). Ne présente pas davantage de difficultés à cet égard la notion de valeur commerciale potentielle susceptible de s'attacher, du fait de son caractère secret, à une information.

Il sera en outre observé, sur cette définition, que loin de méconnaître manifestement, comme le soutiennent par ailleurs les sénateurs requérants, la portée de l'article 2 de la directive en ne restreignant pas l'application du secret des affaires aux seuls cas de protection contre la concurrence déloyale, elle en assure l'exacte transposition sur ce point aussi. L'article 2 ne comporte aucune restriction de cette nature et les considérants 5 et 6 de la directive, qui ne font que rappeler des éléments de contexte, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'impliquer.

b) D'autre part, les dispositions de l'article L. 151-8 nouveau qui définissent les exceptions à la protection du secret des affaires ne s'exposent pas aux critiques qui leur sont faites.

Les sénateurs requérants reprochent d'abord à son premier alinéa de restreindre aux seules instances relatives aux atteintes au secret des affaires la possibilité que celui-ci ne soit pas opposable lorsque, en particulier, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de l'information est intervenue pour exercer le droit à la liberté d'expression. Mais la critique procède d'une interprétation erronée de cette disposition. S'il est vrai que celle-ci régit exclusivement les instances relatives aux atteintes au secret des affaires, c'est-à-dire celles – seules couvertes par la directive – dont l'objet même est de faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'informations couvertes par le secret, pour prévoir limitativement les cas dans lesquels celui-ci n'est pas opposable, il ne s'ensuit nullement qu'elle ait pour objet ou pour effet d'interdire que les exceptions ainsi définies puissent valablement être invoquées dans le cadre d'autres instances dont l'issue dépendrait de la production d'une information en principe couverte par le secret. C'est aux textes régissant ces autres procédures qu'il appartiendra de le prévoir en tant que de besoin.

Les mêmes requérants relèvent en outre que l'exception du 1° de l'article, relatif à la liberté d'expression, omet de garantir spécifiquement la protection du secret des sources des journalistes. Mais il est expressément jugé qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des sources des journalistes (décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, cons. 16) et la référence non seulement à la liberté d'expression et de communication, mais aussi à la liberté de la presse suffit à couvrir les besoins en la matière.

Les députés requérants font ensuite valoir que l'exception du troisième alinéa, c'est-à-dire du 2° de l'article L. 151-8, définit de manière trop restrictive les cas dans lesquels l'exercice d'un droit d'alerte justifiera que le secret des affaires ne soit pas opposable. Mais il ressort des termes même de cette disposition que seront invocables à ce titre non seulement le 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, mais aussi plus généralement la révélation d'une activité illégale, d'une faute ou d'un comportement répréhensible, y compris lorsqu'elle émane, par exemple, d'une personne morale.

c) Contrairement enfin à ce que soutiennent les députés requérants, l'article L. 152-4 nouveau du code de commerce, qui permet au détenteur légitime d'une information couverte par le secret des affaires de demander à la juridiction compétente d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires pour, notamment, prévenir une atteinte imminente à l'utilisation illicite du secret des affaires, n'emporte aucune méconnaissance de la liberté d'expression. Si une telle action pourra, chronologiquement, être engagée avant même la publication d'une information par voie de presse, la règle de fond posée au 1° de l'article L. 151-8 s'appliquera dans cette hypothèse aussi ; il en résulte que le secret des affaires ne sera pas opposable si la divulgation envisagée procède de l'exercice de la liberté d'expression.

3°/ Un dernier argument est avancé par les députés requérants au soutien de la violation alléguée de la liberté d'expression. Il est tiré de ce que, selon les cas, et selon en particulier la qualité de la personne mise en cause, l'action tendant à faire cesser ou réparer l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'une information couverte par le secret des affaires sera formée devant le tribunal de grande instance ou devant le tribunal de commerce. Les règles de fond que les juridictions compétentes seront tenues d'appliquer étant identiquement celles définies à l'article L. 151-8, le grief est sans portée.

II/ La protection spécifique apportée par l'article L. 151-9 nouveau du code de commerce aux salariés et à leurs représentants est contestée sous deux angles.

1°/ Les députés auteurs de la première saisine voient dans l'absence de disposition rendant inopposable le secret des affaires en cas de divulgation d'une information par les représentants des salariés à l'intention de ces derniers une atteinte au principe de la participation des salariés à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises garanti par le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

Aux yeux du Gouvernement, le grief est doublement inopérant.

D'une part, l'article L. 151-9 tire, en ses 1° (exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants) et 2° (divulgation du secret des affaires par des salariés à leurs représentants), les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles des articles 3, 1-c) et 5, c) respectivement de la directive, sans qu'aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France puisse être invoqué. Les articles 17 et 18 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, à laquelle se réfère l'article 151 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoit le développement de l'information, de la consultation et de la participation des travailleurs, en particulier en cas de changements technologiques, de restructurations économiques ou de procédures de licenciements collectifs ; de même, l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

D'autre part, le principe constitutionnel de participation, s'il implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires à l'exercice de leur mission (voir notamment la décision n° 93-238 DC du 16 décembre 1993, cons. 10), y compris donc le cas échéant des informations couvertes par le secret des affaires, il n'implique en revanche en aucun cas que des prérogatives spécifiques leur soient accordées pour transmettre aux salariés les informations qu'ils détiendraient en leur qualité propre de représentants. L'article L. 2315-3 du code du travail soumet d'ailleurs les représentants du personnel au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication, et à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur.

2°/ Les sénateurs requérants reprochent quant à eux à ces dispositions de méconnaître manifestement, sur deux points, la portée de la directive qu'elles ont pour objet de transposer.

Ils observent d'abord que l'article 3, 1-c) de la directive répute licite l'obtention d'un secret des affaires lorsqu'elle procède de l'exercice du droit à la participation des travailleurs à l'information et à la consultation, alors que l'article L. 151-9, 1° du code de commerce tel qu'issu de la loi déferée rend seulement ce secret inopposable dans le cadre d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires. Mais, ce faisant, la loi a donné sa portée utile à la disposition de la directive, étant rappelé par ailleurs que l'article L. 2315-3 du code de travail relève les représentants du personnel de leur obligation de discrétion lorsque l'employeur a omis de présenter une information comme confidentielle (en ce sens notamment Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-47558, Bull. 2006 V n° 256 p. 242), un classement confidentiel abusif constituant une atteinte illicite à leurs prérogatives.

Les sénateurs auteurs du second recours relèvent ensuite que rien n'est dit, à l'article L. 151-9, de l'utilisation, par les représentants des travailleurs, du secret des affaires, seules étant traitées, au 1° et 2° respectivement, leur obtention et leur divulgation. Mais tel est le cas également des articles 3 et 5 de la directive.

III/ Selon les députés auteurs de la première saisine, la loi déferée porterait tout à la fois atteinte à la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la Déclaration de 1789 et au principe d'égalité devant la loi en ce qu'elle placerait les petites et moyennes entreprises en situation défavorable par rapport aux grands groupes présents sur le même marché.

Le Gouvernement ne partage nullement cette analyse.

Les députés requérants font d'abord valoir à ce titre que la définition même de l'information couverte par le secret des affaires comme celle qui fait, notamment, l'objet par son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en conserver le caractère secret, place les petites et moyennes entreprises en situation d'être moins bien protégées. Or outre que l'article L. 151-1 tire les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de l'article 2 de la directive, il prend le soin, conformément à cette dernière, d'imposer la prise en compte des circonstances dans l'appréciation du caractère raisonnable des mesures de protection prises ; la situation particulière des petites et moyennes entreprises pourra être prise en compte à ce stade.

S'il est soutenu par ailleurs que les procédures juridictionnelles instituées par la loi déferée aux fins de la cessation d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'informations protégées par le secret des affaires placent les grands groupes en situation de supériorité, tel n'est aucunement le cas. Toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, ont accès aux mêmes procédures pour faire valoir leurs droits. Le grief sera donc écarté.

IV/ Les sénateurs requérants soutiennent que la loi déferée opère une conciliation déséquilibrée entre la protection du secret des affaires et l'exigence constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, dont il n'est pas fait expressément mention dans les exceptions de l'article L. 151-8 nouveau du code de commerce.

Il convient cependant d'observer que le 3° de l'article L. 151-8 rend le secret inopposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de l'information est intervenue pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. Or il ressort du considérant 21 de la directive que, parmi les intérêts légitimes reconnus comme tels par le droit de l'Union, figure précisément la sécurité publique. La crainte exprimée apparaît ainsi dépourvue de fondement. Pour le reste, il appartiendra au législateur national de reconnaître au cas par cas d'éventuels autres intérêts légitimes à opposer au secret des affaires.

VI/ Invoquant l'article 9 de la charte de l'environnement, aux termes duquel « *la recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement* », les sénateurs requérants font enfin grief à la loi déferée de ne pas prévoir l'inopposabilité du secret des affaires lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'une information couverte procède de l'exercice de la liberté qui en découlerait.

Outre que la disposition invoquée, dont la portée n'est pas éclairée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne présente pas le caractère d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Gouvernement observe que si la directive ne prévoit pas de dérogation spécifique en la matière et ne permettait pas au législateur national de l'ajouter, la loi comporte au 1° de l'article L. 151-8 la mention générale de la liberté d'expression, conformément à l'article 5, a) de la directive ; est ainsi satisfaite l'exigence, découlant en droit interne de l'article 11 de la Déclaration de 1789, que soit garantie la liberté d'expression et de communication dans l'enseignement et la recherche (voir la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, cons. 19 et la décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, cons. 22). Au surplus, la protection de l'environnement fait l'objet d'une mention spécifique au considérant 21 de la directive et est ainsi au nombre des intérêts légitimes reconnus par le droit de l'Union, visés au 3° de l'article L. 151-8 comme rendant inopposable le secret des affaires dans le cadre d'une instance relative à une atteinte à ce secret. Le grief est donc insusceptible de prospérer.

*

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les auteurs des deux saisines n'est de nature à conduire à la censure des dispositions de la loi relative à la protection du secret des affaires. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter les recours dont il est saisi.