

N° 406

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2017-2018

Enregistré à la Présidence du Sénat le 6 avril 2018

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des affaires européennes (1) portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la **protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites,***

Par M. Philippe BONNECARRÈRE,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Bizet, *président* ; MM. Philippe Bonnacarrère, André Gattolin, Mmes Véronique Guillotin, Fabienne Keller, M. Didier Marie, Mme Colette Mélot, MM. Pierre Ouzoulias, Cyril Pellevat, André Reichardt, Simon Sutour, *vice-présidents* ; M. Benoît Huré, Mme Gisèle Jourda, MM. Pierre Médevielle, Jean-François Rapin, *secrétaires* ; MM. Pascal Allizard, Jacques Bigot, Yannick Botrel, Pierre Cuypers, René Danesi, Mme Nicole Duranton, MM. Thierry Foucaud, Christophe-André Frassa, Mme Joëlle Garriaud-Maylam, M. Daniel Gremillet, Mme Pascale Gruny, Laurence Harribey, MM. Claude Haut, Olivier Henno, Mmes Sophie Joissains, Claudine Kauffmann, MM. Guy-Dominique Kennel, Claude Kern, Jean-Yves Leconte, Jean-Pierre Leleux, Mme Anne-Catherine Loisier, MM. Franck Menonville, Georges Patient, Michel Raison, Claude Raynal, Mme Sylvie Robert.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
I. LA DIRECTIVE : PROTÉGER LES INFORMATIONS QUI ONT UNE VALEUR ÉCONOMIQUE POUR FACILITER LE DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES AU SEIN DU MARCHÉ INTÉRIEUR	7
A. LA NÉCESSITÉ D'UNE PROTECTION EUROPÉENNE HARMONISÉE DES SECRETS D'AFFAIRES.....	8
1. <i>Une protection nécessaire au développement de l'innovation</i>	8
2. <i>Un niveau de protection harmonisé au sein du marché intérieur</i>	9
3. <i>Des discussions animées au Parlement européen</i>	10
4. <i>Un suivi attentif par le Sénat</i>	11
a) <i>La résolution européenne du 11 juillet 2014</i>	11
b) <i>Le suivi des négociations</i>	12
B. LE CADRE DE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES DÉFINI PAR LA DIRECTIVE	13
1. <i>Les secrets d'affaires : des informations qui doivent être protégées</i>	13
a) <i>Les informations protégées au titre du secret d'affaires : une définition reprise des accords ADPIC</i>	14
b) <i>L'obtention, l'utilisation et la divulgation licites des secrets d'affaires</i>	15
c) <i>La captation et l'utilisation illicites de secrets d'affaires</i>	16
2. <i>Des mesures de protection et de réparation judiciaires inspirées de la défense des droits de propriété intellectuelle</i>	16
a) <i>Les éléments d'appréciation à prendre en compte par le juge</i>	17
b) <i>Les mesures conservatoires</i>	17
c) <i>Des mesures correctrices, d'injonction et de réparation du dommage</i>	18
d) <i>Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires</i>	18
3. <i>Des dérogations au nom de la liberté d'informer, du droit d'alerte et des droits des salariés et de leurs représentants</i>	18
4. <i>Les marges de liberté des États membres</i>	19
a) <i>Possibilité encadrée de prévoir des mesures nationales de protection des secrets d'affaires plus étendues</i>	19
b) <i>Réduction du délai de prescription</i>	20
c) <i>Disjonction des procédures de réparation</i>	20
d) <i>Prononcé d'office de mesures de protection des secrets d'affaires</i>	20
e) <i>Remise des biens saisis au détenteur licite du secret d'affaires ou à des organisations caritatives</i>	20
f) <i>Limitation de la responsabilité des travailleurs pour les dommages causés lorsqu'ils n'ont pas agi intentionnellement</i>	20
5. <i>Un embryon de coopération européenne</i>	21

II. LA PROPOSITION DE LOI : UNE TRANSPOSITION EFFICACE DE LA DIRECTIVE	23
A. LE TEXTE ADOPTÉ PAR L’ASSEMBLÉE NATIONALE : UNE TRANSPOSITION GÉNÉRALEMENT RIGOREUSE	23
1. <i>La définition du secret d'affaires : trois critères cumulatifs</i>	23
2. <i>Les détenteurs licites de secrets d'affaires</i>	24
3. <i>Une information que son détenteur doit protéger</i>	24
4. <i>La protection des journalistes, des lanceurs d'alerte, des salariés et des représentants du personnel</i>	26
5. <i>Des mesures conservatoires ou de sauvegarde</i>	27
6. <i>Le droit à une réparation intégrale du dommage</i>	28
7. <i>La confidentialité procédurale</i>	28
8. <i>Un renvoi implicite au droit commun en matière de voies de recours et de prescription</i>	29
9. <i>Des mesures de coordination avec le droit positif</i>	29
10. <i>L'absence de dispositif pénal</i>	29
B. LES OBSERVATIONS DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES	30
1. <i>Un objet unique : la transposition de la directive</i>	30
2. <i>Le respect de la spécificité du secret d'affaires</i>	31
3. <i>L'articulation avec le droit commun de la responsabilité civile</i>	31
4. <i>L'explicitation de la valeur économique des informations protégées</i>	31
5. <i>L'affirmation de la liberté d'information</i>	32
6. <i>Des dispositions restreignant la portée et la protection du secret d'affaires</i>	32
7. <i>Une imprécision sur la portée de la violation d'une clause de confidentialité</i>	33
8. <i>L'exploitation justifiée d'une faculté ouverte par la directive et des précisions bienvenues</i>	33
9. <i>L'ajout d'un régime autonome d'amende civile en cas de procédure dilatoire ou abusive</i>	33
10. <i>Une protection exclusivement intra européenne</i>	34
EXAMEN EN COMMISSION	35
OBSERVATIONS	37

AVANT-PROPOS

La directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (dits « secrets d'affaires ») contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites doit avoir été transposée avant le 9 juin 2018. L'Assemblée nationale a adopté à cet effet, le 28 mars dernier, une proposition de loi, présentée par M. Raphaël Gauvain et les membres du groupe La République en Marche.

Cette directive a fait l'objet d'un suivi attentif par la commission des affaires européennes, qui a notamment conduit à l'adoption par le Sénat, le 11 juillet 2014, d'une proposition de résolution européenne sur le rapport de notre collègue Sophie Joissains.

La Conférence des présidents a confié à la commission des affaires européennes, le 21 février dernier, à titre expérimental, une mission de veille sur l'intégration des textes européens en droit interne pour, notamment, informer le Sénat sur d'éventuelles surtranspositions afin de s'assurer que la transposition du droit européen en droit interne n'alourdisse pas à l'excès les règles nationales. La surtransposition des textes européens peut en effet nuire au bon fonctionnement du marché intérieur et générer, ce faisant, une surcharge administrative et des coûts supplémentaires pour les entreprises, susceptibles de nuire à leur efficacité concurrentielle.

Cette problématique préoccupe également la Commission européenne¹ et le Gouvernement². Lors de l'examen par le Sénat du projet de loi sur la protection des données personnelles, qui précise les modalités d'application du règlement général sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et transpose la directive sur les traitements de données pénales, ou encore du projet de loi de ratification de l'ordonnance transposant la directive sur les services de paiement (SP2), le Gouvernement a ainsi eu l'occasion de réitérer son engagement de limiter le nombre de normes, notamment lors de la transposition du droit européen en droit interne³.

¹ Voir notamment la communication au Conseil COM 2010/543 du 8 octobre 2010 « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne ».

² Voir notamment l'étude du Conseil d'État « Directives européennes : anticiper pour mieux transposer » (2015).

³ La circulaire du Premier ministre du 26 juillet 2017 pose notamment que « toute mesure allant au-delà des exigences de la directive est en principe proscrite ».

C'est donc sous ce regard et comme elle l'a précédemment fait pour ces deux projets de loi¹ que la commission des affaires européennes a examiné la proposition de loi transposant la directive « secret d'affaires ». Elle a formulé plusieurs observations qui seront en particulier adressées à la commission des lois et à notre collègue Christophe-André Frassa chargé de rapporter la proposition de loi.

¹ *Rapports n° 344 et 345 (2017-2018) de, respectivement, MM. Simon Sutour et Jean-François Rapin.*

I. LA DIRECTIVE : PROTÉGER LES INFORMATIONS QUI ONT UNE VALEUR ÉCONOMIQUE POUR FACILITER LE DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES AU SEIN DU MARCHÉ INTÉRIEUR

La protection des savoir-faire, des procédés, des recettes de fabrication et des stratégies commerciales est essentielle pour le développement de l'innovation et le maintien des avantages concurrentiels des entreprises. Lorsqu'une entreprise investit dans un processus de recherche et d'innovation, elle rassemble des informations qui peuvent ne pas être protégées au titre des droits de propriété intellectuelle et qui doivent pourtant rester confidentielles. La protection de ces informations est particulièrement importante pour les petites et les moyennes entreprises ainsi que pour les start-up, qui n'ont souvent pas les ressources humaines spécialisées ni l'assise financière nécessaires pour faire enregistrer des droits de propriété intellectuelle, les gérer, les faire respecter et les protéger.

Au-delà des aspects technologiques, une entreprise doit également, pour rester compétitive, préserver la confidentialité des informations relatives à ses clients, ses fournisseurs, ses stratégies commerciales ou son plan d'affaires. L'exigence de transparence au sein du monde économique ne peut donc être totale. Le bon fonctionnement des marchés concurrentiels exige en effet un minimum de confidentialité. Il est légitime que les entreprises se prémunissent contre l'espionnage industriel et demandent la protection de leurs secrets d'affaires. L'impératif de protection des secrets d'affaires est ainsi une **dimension essentielle de la compétitivité des entreprises dans un monde ouvert et concurrentiel**.

La directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées des entreprises a pour base légale l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit le rapprochement des législations nationales pour établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur. Soucieuse d'apporter aux opérateurs économiques la sécurité juridique nécessaire à leur croissance et au développement de leurs activités, elle définit précisément la nature des informations protégées, les 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, enfin les mesures susceptibles d'être prises par le juge civil pour empêcher, faire cesser ou réparer une atteinte à un secret d'affaires.

A. LA NÉCESSITÉ D’UNE PROTECTION EUROPÉENNE HARMONISÉE DES SECRETS D’AFFAIRES

Dans le cadre de son initiative « *une Union de l’innovation* », l’un des piliers de la « *stratégie de l’UE 2020* », la Commission européenne a souhaité mettre en place une protection unifiée de la propriété intellectuelle au sein de l’Union européenne, y compris « *certaines aspects complémentaires ... tels que les secrets d’affaires* »¹. Même si ces secrets ne confèrent pas une exclusivité à leur titulaire, leur protection lui apparaît en effet nécessaire 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* »².

Le processus d’adoption de la directive a été marqué tout à la fois par la grande convergence de vues des États membres et les réactions très vives de ceux qui craignent qu’elle permette de dissimuler des turpitudes et de porter atteinte à la liberté d’informer.

1. Une protection nécessaire au développement de l’innovation

La proposition de directive est l’aboutissement d’un **processus d’études et de consultations engagé en 2010** par la Direction générale du marché intérieur et des services de la Commission européenne.

Les études ont en particulier permis de constater que 20% des entreprises avaient subi au moins une tentative d’appropriation illicite de secrets d’affaires au cours des dernières années, notamment dans les secteurs de la chimie, de la pharmacie et de l’automobile. Les auteurs de ces tentatives sont avant tout des concurrents, dans la moitié des cas, d’anciens salariés et des clients.

Une consultation publique, à laquelle ont surtout participé de grandes entreprises industrielles, s’est tenue entre le 11 décembre 2011 et le 8 mars 2012. Les représentants des syndicats, les organisations gouvernementales (ONG) et les journalistes, pourtant directement impactés par le texte, n’ont pas véritablement été associés au processus d’élaboration.

Présentée par le commissaire européen au marché intérieur et aux services, Michel Barnier, **le 28 novembre 2013**, la proposition de directive vise à mieux protéger les entreprises européennes contre le vol, l’acquisition ou l’utilisation illicite des informations économiques confidentielles des entreprises, en particulier les PME, qui n’ont pas les moyens de lutter contre la captation de leurs secrets d’affaires, en leur garantissant qu’elles pourront défendre de la même manière leurs droits devant les juridictions civiles de l’ensemble des États membres.

¹ Communiqué de presse du 28 novembre 2013.

² Ibid.

2. Un niveau de protection harmonisé au sein du marché intérieur

La directive entend plus particulièrement répondre à la **forte disparité des niveaux de protection des secrets d'affaires au sein des États membres** qu'elle relève dans son considérant 6. L'étude remise à la Commission faisait en effet apparaître que certains d'entre eux ne disposaient d'aucune protection en droit interne, d'autres, comme la France, d'une protection limitée et imparfaite, d'autres enfin, comme la Suède, d'un régime de protection efficace et adapté.

Plusieurs pays abordent la question sous l'angle de la concurrence déloyale (Autriche, Hongrie, Lettonie), tandis que d'autres la font figurer dans leur code de la propriété intellectuelle (Portugal et Italie). Dans la plupart des cas, notamment en France, au Royaume-Uni, en Irlande et aux Pays-Bas, c'est le droit commun de la responsabilité civile qui trouve à s'appliquer¹.

Le « secret des affaires » en droit français : une notion non définie

La notion de « secret des affaires » n'a **pas d'existence juridique stabilisée ni de définition uniforme** en droit français. Elle figure néanmoins **dans de nombreux textes, avec des formulations variables**, notamment les articles L. 430-10 du code de commerce, L. 612-24 du code monétaire et financier, L. 5-6 du code des postes et télécommunications, L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, 4 de la loi n° 2011-852 du 20 juillet 2011 relative à la régulation du système de distribution de la presse, 16 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, 70 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Elle est également régulièrement évoquée dans **la jurisprudence** de la Cour de cassation comme dans celle du Conseil d'État et les entreprises peuvent demander **réparation des préjudices** résultant de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation dans le cadre, selon le cas, de la responsabilité délictuelle (art. 1240 et 1241 du code civil), contractuelle (art. 1231-1) ou précontractuelle (art. 1121-1).

« Ces références multiples à une notion non définie s'inscrivent dans une approche fractionnée, impropre à garantir une protection efficace du secret des affaires »².

Par ailleurs, dans certains cas, l'appropriation frauduleuse d'un secret d'affaires est susceptible, de constituer un délit pénal, qualifiable au regard du vol (art. 331-1 du code pénal), à condition que l'information soit matérialisée pour être qualifiable de chose, de l'abus de confiance (art. 314-1), de l'escroquerie (313-1) ou encore du délit d'intrusion dans un système informatisé de données (art. 323-1).

¹ Voir notamment le rapport de Jérôme Frantz sur la protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, adopté le 11 septembre 2014 par la Chambre de commerce et d'industrie Ile-de-France.

² Exposé des motifs de la proposition de loi n° 2139 (quatorzième législature) sur le secret des affaires présentée par les députés Bruno Le Roux, Jean-Jacques Urvoas et les membres du groupe socialiste, républicain et citoyen.

Le traitement de l'obtention, de l'utilisation et de la divulgation illicites des secrets d'affaires connaît également d'importantes différences selon les États membres, qu'il s'agisse de la **réparation civile du dommage ou de la possibilité d'ordonner des mesures contraignantes** à l'encontre de ceux qui les méconnaissent, situation dont la directive estime, dans son considérant 8, qu'elle affaiblit « *l'effet dissuasif global des règles pertinentes* ».

Dès lors, l'harmonisation de la définition et de la protection des secrets d'affaires au sein de l'Union européenne apparaît comme de nature à favoriser l'innovation au sein du marché intérieur.

3. Des discussions animées au Parlement européen

Les **négociations** sur le texte ont été **engagées en janvier 2014 au sein du groupe de travail sur la propriété intellectuelle**. Un équilibre a été recherché entre la nécessaire protection des secrets d'affaires et le respect du contradictoire en cas de litige, que des dispositions trop restrictives en matière d'accès des parties aux secrets d'affaires peuvent mettre à mal.

Plusieurs autres points ont également été abordés : la définition des secrets d'affaires, qui a finalement été reprise de l'article 39.2 de l'accord de l'OMC sur les aspects de droit de propriété intellectuelle touchant au commerce dit ADPIC, et celle des comportements illicites, qui a été reformulée. Enfin, le souci de ne pas créer un régime de responsabilité civile *ad hoc* a été mis en avant.

Les premières discussions au sein du Conseil se sont conclues par l'adoption d'une **orientation générale lors du Conseil compétitivité du 26 mai 2014**. Celle-ci a notamment souhaité que la notion de « *valeur commerciale des informations* » soit explicitée, qu'il soit indiqué que le texte ne portait que sur la procédure civile, à l'exclusion de la procédure pénale, que le délai de prescription maximal soit porté de deux à six ans et qu'un meilleur équilibre soit trouvé entre la protection du secret d'affaires et le respect du principe du contradictoire. Le Conseil a également demandé qu'il soit précisé que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires est licite dès lors qu'elle est exigée par les textes nationaux ou le droit européen, en particulier par les administrations à des fins notamment fiscales, sanitaires ou douanières. Enfin, il a souhaité que, de manière générale, les mesures protectrices des détenteurs de secrets d'affaires fassent l'objet d'une harmonisation minimale.

La **délégation française** a tout particulièrement insisté sur la valeur commerciale effective ou potentielle des savoir-faire et informations protégés par le secret d'affaires, définition qui figure dorénavant dans le considérant 14 de la directive. Elle a également souhaité pouvoir faire application du délai de prescription civile de droit commun de cinq ans. Enfin, elle a préconisé une définition plus synthétique de l'obtention illicite de secrets d'affaires.

À la suite du renouvellement du **Parlement européen**, la commission des affaires juridiques (JURI) a longuement discuté le texte sur lequel plus de 300 amendements ont été déposés. Le rapport de l'eurodéputée française PPE Constance Le Grip a finalement été adopté le 16 juin, après les avis des commissions IMCO (marché intérieur et protection des consommateurs) et ITRE (industrie, recherche et énergie).

En commission, comme en séance publique, **la question de la protection des lanceurs d'alerte et des journalistes, ainsi que la nécessité de ne pas nuire à la mobilité des salariés ont été très discutées**. Même si la proposition de directive indiquait préserver l'usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information, le droit de révéler, dans l'intérêt public, une faute, une malversation ou une activité illégale, ou encore l'information des représentants des salariés pour autant que celle-ci soit nécessaire à l'exercice légitime de leurs fonctions de représentation, **les considérants et le dispositif ont été complétés** pour réaffirmer les libertés d'information et d'expression ainsi que la protection des sources journalistiques.

Les **négociations ont finalement été conclues début 2016**. Alors même qu'elle soulevait de vives réactions chez certains journalistes, des lanceurs d'alerte, des ONG et des syndicats, dans un contexte marqué par le scandale des « *Panama Papers* » et à la veille de l'ouverture à Luxembourg du procès faisant suite aux révélations « *LuxLeaks* » sur les rescrits fiscaux luxembourgeois, la directive a été adoptée par le Parlement européen, à une large majorité (77%), le 14 avril puis par le Conseil, le 8 juin.

4. Un suivi attentif par le Sénat

La commission des affaires européennes a réagi dès la présentation de la proposition de directive et a ensuite suivi attentivement les négociations qui ont conduit à son adoption.

a) La résolution européenne du 11 juillet 2014

La commission des affaires européennes a examiné la proposition de directive le 4 juin 2014, sur le rapport de notre collègue Sophie Joissains, qui avait entendu des représentants du ministère de la justice et du ministère du redressement productif, le représentant permanent de la France auprès de l'Union européenne, des avocats et des spécialistes de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants des entreprises et de mouvements citoyens. La proposition de résolution européenne¹ qu'elle a présentée est devenue résolution du Sénat le 11 juillet 2014².

¹ Proposition de résolution européenne n°587 (2013-2014), présentée par Mme Sophie Joissains, au nom de la commission des affaires européennes.

² Résolution européenne du Sénat n°154 (2013-2014) sur la proposition de directive relative à la protection des secrets d'affaires.

Par cette résolution, le Sénat a souhaité avant tout marquer son **accord sur les orientations** retenues à ce stade, en particulier le principe d'une harmonisation de la définition des secrets d'affaires dans l'Union européenne. Il a toutefois mis **l'accent sur le caractère minimal de l'harmonisation**, avant d'insister sur la nécessité d'un **renvoi au droit commun des régimes de responsabilité civile nationaux**.

La résolution approuve par ailleurs **la reprise de la définition des secrets d'affaires figurant dans l'accord ADPIC** et la définition du champ des **clauses d'exclusion et d'exonération**. Elle attire l'attention sur la nécessité de **respecter** le principe de publicité des débats au cours des procédures judiciaires, **le contradictoire et les droits de la défense**.

Le Sénat estime par ailleurs que les États membres doivent conserver la **faculté d'instituer un délit pénal spécifique** en matière d'atteinte aux secrets d'affaires.

Enfin, la résolution insiste sur les conditions de mise en œuvre de la directive en France et en particulier la nécessité d'une plus grande **spécialisation des magistrats** en matière de propriété intellectuelle, compte tenu de la technicité de la matière.

b) Le suivi des négociations

Comme à son habitude, la commission des affaires européennes a effectué un suivi attentif de la discussion du texte et, plus particulièrement, de la prise en compte de ses observations.

Elle a fait un point en mai 2015 avec la direction des affaires civiles du ministère de la Justice, ce qui lui a notamment permis de constater que **toutes les orientations mises en avant par le Sénat** figuraient **effectivement dans le texte de compromis**, en particulier la reprise de la définition du secret d'affaires de l'article 39 de l'accord ADPIC et la distinction entre les dispositions d'harmonisation minimale en matière de protection de ces secrets, et les dispositions d'harmonisation maximale comme les exceptions, l'obligation de confidentialité, le principe de proportionnalité ou encore le délai de prescription. S'agissant de la spécialisation des magistrats, la Chancellerie a rappelé que le secret d'affaires n'étant pas un droit de propriété intellectuelle, le contentieux relatif à l'acquisition, l'utilisation et la divulgation de ces secrets demeurera un contentieux de droit commercial général.

Le 2 juillet suivant, à l'issue d'une communication présentée par notre collègue Claude Kern, la commission des affaires européennes a fait un point avec la rapporteure de la commission JURI du Parlement européen, Mme Constante Le Grip, qui a notamment précisé comment la commission était parvenue à un **équilibre entre la nécessaire protection des secrets d'affaires et la préservation de la liberté d'expression et d'information** :

- en introduisant de nouveaux considérants réaffirmant les libertés d'information et d'expression ainsi que la protection des sources journalistiques ;

- en complétant le considérant 12 pour préciser que les États membres doivent appliquer la directive dans le respect de ces libertés, conformément à la Charte européenne des droits fondamentaux ;

- en précisant à l'article 1er, qui définit le champ d'application de la directive, que celle-ci n'affecte en rien la liberté et le pluralisme des médias ;

- en recentrant l'article 4 (devenu 5) sur les dérogations.

Elle a également précisé que la référence à la protection de l'intérêt général du public vise les lanceurs d'alerte, même si ceux-ci ne font pas encore l'objet d'un statut au niveau européen¹.

B. LE CADRE DE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES DÉFINI PAR LA DIRECTIVE

La directive procède à l'harmonisation, de portée exclusivement civile, des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (1). Elle prévoit les mesures qui doivent être mises à la disposition du juge pour en assurer la protection (2). Elle n'interdit toutefois pas aux États membres de prévoir une protection plus étendue, y compris à caractère pénal, dans les limites qu'elle définit², et ouvre quelques facultés complémentaires (3).

1. Les secrets d'affaires : des informations qui doivent être protégées

La directive définit les informations protégées au titre du secret d'affaires (art. 2), précise les modes d'acquisition, d'utilisation et de divulgation licites des secrets d'affaires (art. 3) et décrit leurs modes d'acquisition, d'utilisation et de divulgation illicites à raison de l'absence de consentement de leur détenteur (art. 4).

¹ Une proposition de directive est en cours d'élaboration. Voir p. 30 du présent rapport.

² Art. 1^{er}, 1.

a) Les informations protégées au titre du secret d'affaires : une définition reprise des accords ADPIC

La directive reprend la définition du secret d'affaires donnée par l'article 39.2 des accords ADPIC, ratifiés tant par les États membres de l'Union européenne que par l'Union européenne elle-même¹.

Reconnaissance et protection par l'accord ADPIC des secrets commerciaux et des « renseignements non divulgués » ayant une valeur commerciale

Négocié au cours du Cycle d'Uruguay, entre 1986 à 1994, l'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), annexé au traité de Marrakech du 14 avril 1994, a introduit dans le système commercial multilatéral des règles relatives à la **propriété intellectuelle**.

Le degré de protection et de respect de ces droits variant beaucoup d'un pays à l'autre alors que la propriété intellectuelle joue désormais un rôle important dans le commerce, ces différences étaient devenues une source de tensions dans les relations économiques internationales. L'élaboration de nouvelles **règles commerciales internationales en la matière** est donc apparue comme un moyen de renforcer l'ordre et la prévisibilité des règles en matière de propriété intellectuelle et de régler les différends de manière plus systématique.

L'accord fixe des niveaux minimums de protection de la propriété intellectuelle que chaque membre de l'OMC doit assurer aux autres membres. Le système de règlement des différends de l'OMC permet en outre de régler les différends commerciaux relatifs à ces droits de propriété.

L'accord repose sur des principes fondamentaux, en particulier la non-discrimination qui se traduit par une égalité de traitement national pour les ressortissants et les étrangers, et un traitement dit de la nation la plus favorisée pour les ressortissants de tous les partenaires commerciaux.

La deuxième partie de l'accord porte sur différents types de droits de propriété intellectuelle et sur la manière de les protéger. Y sont **notamment identifiés les secrets commerciaux et les autres types de "renseignements non divulgués" ayant une valeur commerciale, qui doivent être protégés contre l'abus de confiance et les autres actes contraires aux usages commerciaux honnêtes**.

La reconnaissance de cette protection est subordonnée au fait que des mesures raisonnables ont été prises pour garder ces renseignements secrets. Plus particulièrement, les résultats d'essais communiqués aux gouvernements en vue de l'approbation de la commercialisation de nouveaux produits pharmaceutiques ou de produits chimiques destinés à l'agriculture doivent être protégés contre une exploitation déloyale dans le commerce.

¹ Cette définition figure depuis longtemps dans les lois adoptées par la plupart des États américains sur le modèle du Uniform Trade Secret Act (UTSA). Une loi fédérale civile a en outre été adoptée à l'unanimité par le Congrès en mai 2016 : le Defense Trade Secrets Act (DTSA) pour renforcer l'efficacité de la lutte contre l'espionnage économique qui occasionne des pertes évaluées entre 300 et 500 trillions de dollars par an. Cette loi définit la charge de la preuve, la portée de la protection des secrets d'affaires ou encore le sort réservé au détenteur de bonne foi d'un secret auparavant obtenu ou divulgué de façon illicite. Elle consacre en outre l'immunité dont bénéficient les lanceurs d'alerte lorsqu'ils révèlent des secrets d'affaires dans l'intérêt général.

Trois critères cumulatifs sont retenus par l'article 2 pour définir les informations protégées au titre du secret d'affaires :

- elles ne sont pas généralement connues des personnes qui s'occupent normalement du type d'informations en question ;
- elles ont une valeur commerciale à raison de leur caractère secret ;
- elles ont fait l'objet de mesures de protection raisonnables par la personne qui en a le contrôle, sans que soient précisées les mesures permettant de remplir cette condition.

Il résulte sans ambiguïté de la définition donnée par l'accord ADPIC, comme de celle retenue par la directive, qu'un **secret d'affaires ne se présume pas**. L'entreprise victime doit en effet démontrer au juge saisi pour violation d'un tel secret qu'elle a effectivement pris des **mesures de protection adéquates**. Il est toutefois précisé que **le juge tient compte « des circonstances »**, ce qui devrait notamment lui permettre d'adapter le niveau d'exigences de protection à la taille et aux moyens de l'entreprise, en particulier lorsqu'il s'agit d'une PME.

Quant au **critère de la valeur commerciale** attachée au secret d'affaires, sur lequel la France, et singulièrement le Sénat ont beaucoup insisté, il n'est pas défini mais, comme le montre la méthode alternative d'évaluation proposée par le considérant 30, les pertes engendrées par la violation d'un secret d'affaires n'ont pas à être systématiquement chiffrées.

b) L'obtention, l'utilisation et la divulgation licites des secrets d'affaires

L'article 3 de la directive définit **quatre sources licites d'obtention** d'un secret d'affaires :

- une découverte ou une création indépendante, en amont de la protection résultant par exemple du brevet ;
- l'ingénierie inverse, dès lors que l'information est généralement non connue ;
- de matière très générale, toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale ;
- enfin, de manière spécifique, l'exercice de leurs droits par les travailleurs ou leurs représentants.

On rappellera que **l'ingénierie inverse** a pour objet l'analyse d'un objet technique pour en comprendre le fonctionnement ou la méthode de fabrication afin de réaliser un schéma qui en permette la reproduction. Elle concerne une information généralement non connue ou difficile d'accès et est considérée comme une méthode licite d'obtention de l'information, sous réserve d'interdictions contractuelles, la liberté de conclure de tels accords pouvant néanmoins être limitée par la loi. Ainsi que le précise le considérant 17, la copie parasitaire ou les imitations serviles n'entrent pas dans cette

définition et constituent des pratiques de concurrence déloyales susceptibles d'être sanctionnées à ce titre.

Il est par ailleurs précisé, au paragraphe 2 de l'article 3, que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union ou le droit national. Les obligations de publicité et de transparence imposées aux entreprises par les lois nationales, ou encore les pouvoirs de contrôle et d'investigation des administrations notamment fiscales, constituent en effet des modes d'acquisition, d'utilisation, voire de divulgation licites de secrets d'affaires, dans les limites prévues par le texte qui les régit.

c) La captation et l'utilisation illicites de secrets d'affaires

La définition de la captation illicite de secrets d'affaires est extensive, même si le considérant 29 et les articles 3 et 4 réservent l'hypothèse du détenteur de **bonne foi**, qui ne savait pas que l'information était protégée par un secret d'affaires. C'est le **consentement du détenteur de l'information protégée** qui marque la frontière entre le licite et l'illicite.

La captation illicite couvre non seulement la divulgation de secrets d'affaires ou une utilisation constitutive de concurrence déloyale, mais également la simple obtention d'un secret d'affaires avant même qu'il ait pu être exploité au préjudice de l'entreprise qui le détient de façon licite. En cas de **préjudice potentiel**, l'entreprise peut en effet saisir le juge aux fins de mesures provisoires.

L'accès à l'information peut prendre **toute forme** : une copie non autorisée d'un document ou d'un fichier électronique, ou « *tout autre comportement* » considéré comme « *contraire aux usages honnêtes en matière commerciale* ».

Enfin, comme en matière de propriété intellectuelle, l'article 4 de la directive caractérise l'utilisation illicite d'un secret d'affaires au regard de « *la production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage de biens en infraction* ». Cette **condition d'opposabilité du caractère illicite** de l'utilisation exige que l'entreprise conserve une bonne traçabilité de la fabrication et de la commercialisation de ses produits.

2. Des mesures de protection et de réparation judiciaires inspirées de la défense des droits de propriété intellectuelle

Des mesures proches de celles que prévoient les articles 43 et suivants de l'accord ADPIC figurent dans le chapitre III de la directive. Ces mesures peuvent être prises par le juge en cas d'atteinte à des secrets d'affaires dès le constat d'une telle atteinte, sous forme de mesures conservatoires ou de sauvegarde (art. 10 et 11), puis, au fond, par voie

d'injonctions, de mesures correctrices, de sauvegarde ou de substitution (art. 12 et 13), enfin de réparations pécuniaires (art. 14).

a) Les éléments d'appréciation à prendre en compte par le juge

De manière générale, les mesures et décisions prises par le juge doivent être **proportionnées, équitables, effectives et dissuasives** (art. 6). La directive (art. 11) énumère en outre les **éléments d'appréciation** que celui-ci prend en compte :

- la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires en cause ;
- les mesures prises par l'entreprise pour protéger ce secret ;
- le comportement du défendeur ;
- les conséquences de l'utilisation ou de la divulgation illicite ;
- les intérêts légitimes des parties et des tiers ;
- l'intérêt public ;
- la sauvegarde des droits fondamentaux.

b) Les mesures conservatoires

L'article 10 de la directive prévoit trois séries de mesures provisoires et conservatoires :

- la cessation ou l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ;
- l'interdiction de tout commerce (mise sur le marché, utilisation, importation, exportation) des biens produits en infraction à un tel secret ;
- la saisie ou la remise des biens en infraction, y compris importés.

Ces mesures de protection, qui **vont au-delà de ce que permet le régime de responsabilité civile de droit commun**, sont directement inspirées des mesures prévues en matière de défense et de sauvegarde des droits de propriété intellectuelle prévue par la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

Le détenteur licite d'un secret d'affaires qui demande la mise en œuvre de telles mesures doit documenter l'existence de ce secret (art. 11).

Afin de prévenir ou de limiter tout abus de procédure, ces mesures sont révoquées ou cessent de produire leurs effets, à la demande du défendeur, si le demandeur n'engage pas de procédure au fonds dans un délai raisonnable. En cas de révocation ou de démonstration ultérieure de l'absence de bien fondé de la requête initiale, le défendeur peut prétendre à une indemnisation en réparation du préjudice qui lui a été causé par ces mesures.

Enfin, dans le cas où le défendeur ne respecterait pas ses engagements, de nouvelles mesures coercitives peuvent être prononcées.

c) Des mesures correctrices, d'injonction et de réparation du dommage

L'article 12 prévoit le prononcé de mesures correctrices et d'injonctions, en principe aux frais du contrevenant, notamment à fin de cessation de l'infraction, voire même le retrait ou la destruction des biens produits en méconnaissance d'un secret d'affaires. S'il apparaît que l'exécution de mesures coercitives est susceptible de causer un dommage disproportionné au défendeur, une **compensation financière** peut être **alternativement** octroyée à la partie lésée dès lors que cette mesure paraît raisonnablement satisfaisante (art. 13).

Par ailleurs, et sans préjudice de la publication de sa décision, le juge peut allouer, à la demande du détenteur licite du secret d'affaires et aux frais de contrevenant des dommages et intérêts pour couvrir les conséquences du comportement illicite, compenser les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et le préjudice moral s'il y a lieu (art. 15). L'évaluation peut être forfaitaire, calculée sur la base des redevances et droits qui auraient été perçus par le demandeur en cas d'usage licite de l'information protégée (art. 14). **En aucun cas**, les dommages et intérêts ne peuvent présenter un caractère **punitif**.

d) Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

Sans qu'il soit porté atteinte au respect du contradictoire, la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires est assurée au cours des procédures judiciaires par l'interdiction faite aux parties, à leurs conseils, aux témoins et aux experts, de les utiliser ou de les divulguer, et par la possibilité de limiter le nombre de personnes ayant accès aux documents qui les contiennent (art. 9).

3. Des dérogations au nom de la liberté d'informer, du droit d'alerte et des droits des salariés et de leurs représentants

L'article 1^{er} rappelle que la directive ne saurait être interprétée comme :

- portant atteinte à la liberté d'expression et d'information ;
- limitant l'obligation, dans certains cas, de révéler au public ou aux autorités administratives ou judiciaires des secrets d'affaires, pour des motifs d'intérêt public ;
- réduisant l'obligation des autorités publiques nationales ou de l'Union de divulguer certaines informations ;
- limitant l'autonomie des partenaires sociaux.

L'article 5 précise en outre, par voie de conséquence, qu'**aucune mesure conservatoire, procédure ou réparation ne peut être prononcée lorsque les faits allégués sont justifiés au regard de la liberté d'expression et d'information**. Cette dérogation a fait l'objet d'une modification substantielle : le texte initial évoquait en effet un « *usage légitime de la liberté d'expression et d'information* » mais ce qualificatif, considéré comme attentatoire à l'exercice de ces droits fondamentaux, a finalement été supprimé.

Quant à l'exception pour exercice du **droit d'alerte**¹, elle est subordonnée à la **double condition** que l'intéressé ait agi pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale et ce, dans le but de protéger l'intérêt public général.

En matière sociale enfin, la directive souligne, d'une part, qu'elle est sans effet sur l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit à conclure des conventions collectives et, d'autre part, qu'elle ne saurait être interprétée comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs et l'utilisation de l'expérience et des compétences qu'ils ont acquises.

4. Les marges de liberté des États membres

La directive encadre fortement la possibilité pour les États membres de prévoir des mesures nationales de protection des secrets d'affaires plus étendues mais laisse la place à des aménagements nationaux.

a) Possibilité encadrée de prévoir des mesures nationales de protection des secrets d'affaires plus étendues

L'article 1^{er} de la directive laisse aux États membres la **possibilité d'organiser une protection des secrets d'affaires plus étendue** que celle qu'elle prévoit **mais dans certaines limites**. Aux termes de l'article 1^{er}, il ne leur est en effet pas possible :

- de modifier la définition de l'obtention, l'utilisation et la divulgation licites des secrets d'affaires (art. 3) ;
- d'étendre le champ des dérogations au secret d'affaires au titre de la liberté d'informer, des lanceurs d'alerte et des droits des salariés (art. 5) ;
- d'étendre la portée du principe de réparation en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites, par exemple en introduisant des dommages punitifs (art. 6) ;
- de manière générale de s'écarter du principe de proportionnalité (art. 7.1, 9.3 et 4, et 15.3) ;

¹ Comme proposait déjà de le faire la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires n°2139 (quatorzième législature) présentée par M. Bruno Leroux et les membres du groupe socialiste qui s'appuyait sur la proposition de directive en cours de négociation.

- de modifier les conditions de constitution de garanties financières substitutives à des mesures provisoires (art. 10.2), les conditions d'application et les mesures de sauvegarde et de substitution (art. 11 et 13) ;
- de prévoir un délai de prescription excédant six ans (art. 8) ;
- d'accroître la confidentialité des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires (art. 9.1).

Comme l'avait souhaité le Sénat dans sa résolution européenne, dans la mesure où la directive ne prévoit pas de **dispositif pénal de protection du secret d'affaires**, les États membres conservent toute liberté en la matière.

b) Réduction du délai de prescription

L'article 8 de la directive limite à six ans la durée du délai de prescription. Celui-ci peut donc être réduit par les législations nationales. La France avait en effet souhaité conserver le délai de droit commun de cinq ans à compter de la prise de connaissance des faits qui applique en matière de responsabilité civile.

c) Disjonction des procédures de réparation

Les États membres ont la faculté de prévoir que la demande d'indemnisation en cas d'utilisation illicite d'un secret d'affaires peut faire l'objet d'une procédure distincte de la procédure de traitement des demandes de mesures conservatoires ou définitives (art. 11).

d) Prononcé d'office de mesures de protection des secrets d'affaires

L'article 9 prévoit que les États membres peuvent permettre aux autorités judiciaires compétentes de prendre d'office, sans être saisies par le défendeur d'une demande à cet effet, des mesures de protection du caractère confidentiel de tout secret d'affaires utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

e) Remise des biens saisis au détenteur licite du secret d'affaires ou à des organisations caritatives

L'article 12.4 ouvre aux États membres la faculté de prévoir que le juge peut, à la demande du détenteur licite du secret d'affaires qui a fait l'objet d'une utilisation illicite, ordonner la remise, à ce dernier ou à des organisations caritatives, des biens produits en méconnaissance de ce secret.

f) Limitation de la responsabilité des travailleurs pour les dommages causés lorsqu'ils n'ont pas agi intentionnellement

Comme habituellement en matière de responsabilité civile, le caractère intentionnel du comportement illicite n'est pas pris en compte pour

fixer le montant de la réparation. Les États membres peuvent toutefois prévoir qu'il sera tenu compte, le cas échéant, de l'absence de caractère intentionnel lorsque le dommage causé à l'employeur est imputable à l'un de ses salariés (art. 14.1).

5. Un embryon de coopération européenne

Afin de faciliter la coopération intra-européenne, l'article 17 de la directive prévoit la désignation de correspondants nationaux dans chaque État membre. En revanche, elle n'établit pas des règles harmonisées en matière de coopération judiciaire.

II. LA PROPOSITION DE LOI : UNE TRANSPOSITION EFFICACE DE LA DIRECTIVE

Présentée à l'issue de consultations approfondies, la proposition de loi reprend de manière généralement précise les termes mêmes de la directive qu'elle transpose dans un titre V créé à cet effet dans le livre 1er du code commerce, intitulé « *De la protection du secret des affaires* ».

Le texte met également en œuvre quelques-unes des facultés ouvertes par la directive, en particulier celle qui permet au juge de prendre d'office des mesures de protection de la confidentialité des secrets d'affaires dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Après avoir recueilli l'avis du Conseil d'État¹ sollicité par son président, et à l'issue d'un dialogue « constructif » avec la Chancellerie², l'Assemblée nationale, sur proposition de sa commission des lois, a apporté plusieurs modifications au texte initial pour mieux respecter la lettre de la directive. Elle a en outre souhaité expliciter plus avant certaines formulations reprises de la directive.

A. LE TEXTE ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE : UNE TRANSPOSITION GÉNÉRALEMENT RIGOREUSE

Sur le rapport présenté, au nom de la commission des lois, par l'auteur de la proposition de loi³, qui a procédé à de nombreuses consultations, l'Assemblée nationale s'est attachée à reprendre strictement la directive sous réserve d'adaptations terminologiques. Elle a en outre veillé à réaffirmer la liberté d'information et d'expression, ainsi que **la protection dont bénéficient les journalistes et les lanceurs d'alerte contre des procédures** abusives ou dilatoires et des dommages-intérêts excessifs, protection qu'elle a complétée en introduisant une amende civile spécifique.

1. La définition du secret d'affaires : trois critères cumulatifs

Pour définir la notion de secret d'affaires, l'article L. 151-1 reprend, en en aménageant la formulation à la marge, les trois critères cumulatifs figurant à l'article 2 de la directive. C'est ainsi que l'information protégée au titre de ce secret :

¹ Avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 15 mars 2018.

² La garde des sceaux y a fait référence à l'Assemblée nationale, le 27 mars, en indiquant : « À l'issue d'une première phase d'analyse et de concertation conduite par mes services, plus spécialement la direction des affaires civiles et du sceau, avec le soutien très actif des services du ministère de l'économie et des finances et du ministère de la culture, un dialogue constructif s'est engagé avec M. le rapporteur sur les différentes problématiques posées par le texte de la directive ».

³ Rapport de M. Raphaël Gauvain (n° 777 - quinzième législature). Avis de la commission des affaires économiques (n° 775 - quinzième législature), présenté par Mme Christine Hennion.

- n’est pas, en elle-même ou dans sa configuration, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou domaine d’activité s’occupant habituellement de cette catégorie d’informations ;

- revêt une valeur commerciale parce qu’elle est secrète ;

- fait l’objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le secret.

L’Assemblée nationale a précisé que la **valeur commerciale** est **effective ou potentielle**, mention qui figure dans le considérant 14 de la directive.

Enfin, elle a ajouté qu’une mesure de protection raisonnable consistait, notamment, en la **mention explicite que l’information est confidentielle** et ce alors même que l’article L. 153-3 définit les mesures répondant à l’exigence de protection raisonnable, conformément à l’article 4 de la directive. Il s’agit soit d’une interdiction d’accès au support contenant les informations protégées, dont la forme n’est pas précisée mais qui pourrait prendre celle d’une mention explicite, soit d’un engagement contractuel de ne pas utiliser ou divulguer l’information à laquelle un accès a été donné, soit encore d’un comportement déloyal contraire aux usages en matière commerciale.

2. Les détenteurs licites de secrets d’affaires

Dans sa rédaction initiale, la proposition de loi ne transposait pas exactement l’article 3 de la directive dans la mesure où l’article L. 151-2 faisait référence aux sources « légitimes » de détention, à l’expérience et aux compétences acquises de manière honnête dans le cadre de l’exercice normal d’une activité professionnelle.

À la suite des observations du Conseil d’État, le texte adopté par l’Assemblée nationale a supprimé cet alinéa pour, a précisé le rapporteur, « *rester dans cadre d’une transposition minimale* ».

A de même été supprimé le dernier alinéa de l’article L. 151-2, qui considérait les bénéficiaires de dérogations au nombre des détenteurs légitimes de secrets d’affaires. Comme l’a fait remarquer le Conseil d’État, lorsqu’elles recueillent et font usage de secrets d’affaires, ces personnes ne sont en effet protégées par la directive que dans le seul cadre qui justifie ces dérogations et non, par exemple, en cas d’utilisation commerciale.

3. Une information que son détenteur doit protéger

L’information n’étant pas protégée par un dépôt, comme en matière de brevet ou de marque, l’article L. 151-2, qui transpose l’article 3 de la

directive, précise les modes d'acquisition d'une détention licite de secrets d'affaires : une découverte ou une création indépendante, ou encore l'ingénierie inverse d'un produit mis à la disposition du public. En revanche elle ne reprend pas la mention de « *toute autre pratique ... conforme aux usages honnêtes en matière commerciale* ».

Les articles L. 151-3 à L. 151-5 définissent ensuite les modes d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites d'informations protégées par le secret d'affaires. Pour qu'il puisse être considéré que l'obtention des informations est illicite, deux **conditions cumulatives** doivent ainsi être réunies :

- l'absence de consentement du détenteur légitime de ces informations à leur utilisation ou à leur diffusion, qui résulte du premier alinéa de l'article 4.2 de la directive ;

- la violation des mesures prises par l'intéressé pour interdire ces informations d'accès, d'appropriation ou de copie, ou encore d'une clause contractuelle d'interdiction ou de limitation d'obtention de celle-ci.

Conformément au dernier alinéa de l'article 4.2 (b) de la directive, il est également posé que « *l'obtention d'un secret des affaires sans le consentement de son détenteur [sans doute faudrait-il préciser qu'il s'agit du détenteur « licite »] est généralement illicite dès lors qu'elle résulte de tout [d'un] comportement déloyal contraire aux usages en matière commerciale* ».

Ce dispositif n'apparaît pas respecter pleinement la directive. Tout d'abord, il **introduit l'exigence d'une violation des mesures de protection mises en place par le détenteur légitime, là où la directive parle simplement d'accès non autorisé.**

Ensuite, il **fait figurer la violation d'une clause de confidentialité au nombre des obtentions illicites de secrets d'affaires alors que de telles clauses sont destinées à interdire l'utilisation ou la diffusion des informations protégées à ce titre mais non l'accès même à ces informations.** C'est d'ailleurs pour cela que ces clauses sont mentionnées au paragraphe 3 de l'article 4 de la directive qui traite de l'utilisation ou de la divulgation illicites de secrets d'affaires, et non au paragraphe 2.

L'article L. 151-4, qui définit les utilisations ou divulgations illicites de secrets d'affaires, fait en outre mention, de manière générale, des obligations de confidentialité. L'Assemblée nationale a complété cet article pour ajouter une **condition de significativité de l'atteinte au secret d'affaires qui n'est pas prévue par la directive.**

4. La protection des journalistes, des lanceurs d'alerte, des salariés et des représentants du personnel

L'article L. 156-6 définit les exceptions à la protection du secret d'affaires. Il rappelle tout d'abord, conformément à l'article 1.2 de la directive, que le secret d'affaires n'est pas protégé lorsque son utilisation ou sa divulgation sont requises ou autorisées par le droit national ou le droit européen, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation et de sanction des autorités judiciaires ou administratives.

Il reprend ensuite les termes de l'article 5 de la directive en précisant que le secret n'est pas non plus protégé lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation intervient :

- pour l'exercice du droit à la liberté d'expression et de communication, y compris la liberté de la presse ;
- pour l'exercice du droit d'alerte, dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi de 2016 dite « Sapin II » relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹ ;
- pour assurer la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit européen ou le droit national.

Comme le prévoit la directive, le secret d'affaires n'est pas non plus opposable en cas d'exercice du droit à l'information des salariés et de leurs représentants.

Sur proposition de son rapporteur, l'Assemblée nationale a ajouté un **renvoi à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, que mentionne la directive et qui garantit la liberté d'information.

Par ailleurs, elle a précisé la portée de la dérogation au nom de la protection de l'ordre public en complétant la **liste, non limitative, des intérêts légitimes reconnus par le droit de l'Union ou le droit national** pour y ajouter **la protection de l'environnement**. La Charte de l'environnement fait en effet partie du bloc de constitutionnalité depuis 2004. Elle n'a pas souhaité en revanche faire mention de la fraude ni de l'évasion fiscales.

Sur proposition de son rapporteur, et **afin notamment de protéger les journalistes et les lanceurs d'alerte contre des procédures abusives ou dilatoires**, l'Assemblée nationale a introduit **un article L. 152-6 qui prévoit un régime autonome d'amende civile**, dans la limite de 20 % du montant de la demande de dommages-intérêts, **sans préjudice de la réparation du dommage causé à la victime**. En l'absence d'une telle demande, le montant de l'amende civile pourra atteindre 60 000 euros. Indubitablement, ce **dispositif ajoute à la directive**.

¹ Articles 6 et suivants.

En revanche, l'Assemblée nationale n'a pas retenu les nombreux amendements relayant les inquiétudes de journalistes¹ et d'ONG qui estiment que la portée de la définition du secret d'affaires est trop large. Le rapporteur comme le Gouvernement ont en effet considéré que les modifications proposées allaient au-delà du droit actuel et n'avaient dès lors pas leur place dans un texte dont l'objet exclusif est de transposer une directive.

On peut enfin relever que la proposition de loi a choisi de considérer que le secret d'affaires n'est pas protégé en cas d'exercice des droits qu'elle énumère, alors que l'article 5 de la directive indique que, dès lors que ceux-ci s'exercent aux fins pour lesquels ils sont garantis, le juge ne peut prendre des mesures coercitives ou de réparation.

5. Des mesures conservatoires ou de sauvegarde

Avant tout jugement au fond, des mesures listées à l'article L. 152-2 peuvent être prises par le juge pour prévenir ou faire cesser une atteinte à un secret d'affaires, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner la destruction des biens pour la production desquels une information protégée au titre du secret d'affaires a été utilisée. La remise des biens au requérant, à sa demande, faculté mentionnée par la directive, n'est pas ici reprise.

Le code de procédure civile fixant d'ores et déjà les règles procédurales applicables, il y est implicitement renvoyé. En revanche, il conviendra de préciser que le juge peut faire injonction de mettre fin à une situation illicite, ce que ne prévoit pas le droit commun.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale transpose également (art. L. 152-2-1) la **faculté**² pour l'auteur de l'atteinte à un secret d'affaires, de demander au juge que **le versement d'une compensation financière soit substitué aux mesures provisoires**, lorsque certaines conditions sont réunies. L'Assemblée nationale a complété ce dispositif en prévoyant que le juge peut par ailleurs ordonner, **à titre préventif**, des mesures conservatoires et provisoires.

Enfin, conformément à la directive, il est précisé que ces mesures doivent présenter, dans leurs effets comme dans leur durée, un caractère **proportionné** à l'objectif qu'elles poursuivent.

¹ Voir en particulier une tribune publiée notamment dans le Monde le 20 mars 2018.

² Prévues à l'article 13.3 de la directive.

6. Le droit à une réparation intégrale du dommage

Comme prévu par la directive, en cas d’appropriation illicite (obtention, utilisation et divulgation) d’une information protégée par un secret d’affaires, les entreprises peuvent engager une action civile à l’encontre de l’auteur de cette appropriation et demander au juge de leur accorder réparation du préjudice subi (article L. 151-3).

Conformément à la directive, il est prévu que le préjudice est **en principe intégralement réparé**, dans toutes ses composantes. Les dommages et intérêts peuvent notamment prendre en considération le manque à gagner, la perte subie, le préjudice moral ainsi que les bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte au secret d’affaires et les économies de recherche et développement qui en ont résulté, autant d’éléments qui ne figurent pas dans le droit commun de la responsabilité civile. L’Assemblée nationale a ajouté **la perte de chance au nombre des critères d’évaluation non limitatifs du préjudice subi**.

Le juge peut, en outre, **de manière alternative** et à la demande de la partie lésée, allouer une **somme forfaitaire** à titre de dommages et intérêts, sans que celle-ci soit exclusive de l’indemnisation du préjudice moral. Il peut en outre ordonner, **en complément**, la **publication de la décision judiciaire**, *« en prenant en considération les circonstances dans lesquelles l’atteinte est intervenue »*.

La limitation des conséquences pécuniaires pour les salariés, faculté ouverte par l’article 12.3 de la directive, n’est pas reprise en tant que telle dans la proposition de loi mais, dans le cadre du contrat de travail, ce critère entre en considération s’agissant des sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées à leur encontre.

7. La confidentialité procédurale

La confidentialité est assurée sur le plan procédural par les articles L. 153-1 et L. 153-2. Le juge peut ainsi restreindre l’accès à la pièce confidentielle, décider que l’audience se tiendra à huis-clos et adapter la motivation de sa décision. En outre, toute personne ayant accès à une telle pièce est tenue à une obligation de confidentialité, à l’exception toutefois des avocats des parties, soumis par ailleurs au secret professionnel.

Le juge prend ces décisions soit à la demande des parties, soit d’office, en vertu de la faculté ouverte aux États membres par l’article 9.2 de la directive.

8. Un renvoi implicite au droit commun en matière de voies de recours et de prescription

Dans la mesure où le droit commun de la responsabilité civile s'applique par ailleurs, la proposition de loi ne comporte pas de dispositions spécifiques sur les voies de recours ou sur la prescription.

L'article 8 de la directive limite la durée du délai de prescription à 6 ans. Sans qu'il soit besoin de le préciser, en France c'est délai de droit commun de cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit connaît ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer une action en responsabilité, qui s'appliquera (art. 2224 du code civil et L. 110-4 du code de commerce).

9. Des mesures de coordination avec le droit positif

L'Assemblée nationale a complété le texte pour étendre les mesures de protection des secrets d'affaires à l'ensemble des juridictions administratives, civiles ou commerciales (articles 1^{er} ter et 2 complétant et modifiant le code de justice administrative et le code de commerce).

Elle a également harmonisé les références aux secrets d'affaires qui figurent dans plusieurs textes sous une autre rédaction mentionnant le secret en matière industrielle ou commerciale (art. 3).

10. L'absence de dispositif pénal

La directive ne renvoie pas à des sanctions pénales nationales en cas d'atteinte au secret d'affaires mais elle n'en écarte pas la possibilité¹.

Contrairement à une proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale en 2012, que le rapporteur de la commission des lois, le député Richard Ferrand, avait ultérieurement envisagé d'introduire en 2015, par voie d'amendement, dans le projet de loi dite « Macron » pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, et qui incriminait l'atteinte au secret d'affaires en l'assortissant d'une peine d'emprisonnement et d'une peine d'amende, la présente proposition de loi ne comporte pas de dispositif pénal.

Si elle devait être reprise à cette fin, la définition du secret d'affaires pourrait d'ailleurs ne pas répondre pleinement, en l'état, aux exigences constitutionnelles de légalité des délits et des peines.

¹ Le Cohen Act américain de 1996 prévoit des peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement et 5 millions de dollars d'amende et/ou trois fois la valeur du secret violé.

B. LES OBSERVATIONS DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES

Comme lors de l’examen des deux précédents projets de loi de transposition sur lesquels elle a formulé des observations, la commission des affaires européennes s’est focalisée sur la transposition de la directive, sa conformité au texte européen, le respect des dispositions d’harmonisation impératives de la directive et l’absence de mesures complémentaires incompatibles avec la directive ou qui ne seraient pas dument justifiées.

L’objectif de la directive, on l’a vu, est d’harmoniser la définition du secret d’affaires au sein de l’Union européenne. Cette harmonisation permettra une protection plus efficace, y compris au plan judiciaire, des informations protégées à ce titre, de nature à favoriser le développement des entreprises européennes et l’innovation au sein du marché intérieur.

De manière générale, la démarche de l’Assemblée nationale pour inscrire strictement, sous réserve de nécessaires adaptations terminologiques, la transposition dans l’approche du secret d’affaires retenue par la directive doit être soulignée. Le texte appelle toutefois plusieurs observations.

1. Un objet unique : la transposition de la directive

L’Assemblée nationale a systématiquement écarté les amendements qui n’entraient pas strictement dans le cadre du texte dont l’unique objet est de transposer la directive sur les secrets d’affaires. Ceux-ci concernaient pour l’essentiel la protection des journalistes et des lanceurs d’alerte dont le statut est fixé par la loi Sapin II.

Il convient de signaler que la question de **la protection des lanceurs d’alerte** sera probablement prochainement rediscutée au niveau européen. La Commission européenne a en effet procédé à une consultation sur ce sujet entre le 3 mars et le 29 mai 2017. De son côté, le Parlement européen a adopté, le 24 novembre 2017, à la suite du rapport présenté par la députée Virginie Rozière au nom de la commission des affaires juridiques « *pour une protection européenne des lanceurs d’alerte* », une résolution appelant la Commission européenne à proposer des règles d’ici à la fin de l’année 2017. En l’état, **la Commission a annoncé une proposition de directive pour le 17 avril prochain**. La commission des affaires européenne prendra connaissance de ce texte dès son dépôt et en proposera une analyse dans le délai qui permettrait au Sénat d’adopter une proposition de résolution européenne, puis elle assurera le suivi des discussions au niveau européen.

2. Le respect de la spécificité du secret d'affaires

La proposition de loi fait figurer les dispositions nouvelles dans le code de commerce. Ce **choix de ne pas les insérer dans le code de la propriété intellectuelle** marque clairement qu'il s'agit d'un dispositif spécifique, qui ne relève pas de la propriété intellectuelle même si certaines caractéristique peuvent l'en rapprocher.

Ce faisant, le texte marque les limites de ce **secret auquel**, comme le précise la directive dans son considérant 16, **ne sont pas attachés des droits exclusifs** et dont le mode de protection diffère substantiellement de celui du brevet.

3. L'articulation avec le droit commun de la responsabilité civile

Comme l'avait souhaité le Sénat dans sa résolution européenne qui mettait l'accent sur le **caractère minimal de l'harmonisation en la matière**, la directive n'exige pas qu'un régime spécifique de responsabilité civile soit mis en place, au fond comme en matière procédurale.

La proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale s'inscrit dans cette logique. **Le texte ne reprend en effet que les dispositions spécifiques qui ne sont pas appréhendées par le droit commun de la responsabilité civile**, et, pour le reste, renvoie implicitement à celui-ci, par exemple pour ce qui est du délai de prescription.

4. L'explicitation de la valeur économique des informations protégées

La portée du critère de la valeur commerciale de l'information, qui est l'un des trois éléments constitutifs de la définition du secret d'affaires, a fait l'objet de débats tant lors de la phase d'élaboration de la directive que dans le cadre de sa transposition.

En France, il est en effet habituellement fait référence à la valeur économique plutôt qu'à la valeur commerciale. Le considérant 14 de la directive est toutefois éclairant à cet égard et les informations qu'il mentionne (savoir-faire, informations commerciales et informations technologiques) permettent de constater que la notion couvre effectivement ce qu'il est plus habituel de considérer en France comme une valeur économique. La valeur commerciale inclut ainsi également des informations stratégiques ou encore, par exemple, la nomination d'un mandataire *ad hoc*.

L'Assemblée nationale a en outre repris, à juste titre, la précision tirée du considérant 14 selon laquelle la valeur commerciale peut être « *effective ou potentielle* », dont la France avait souhaité l'introduction dans la directive lors de la négociation.

5. L'affirmation de la liberté d'information

Ainsi que l'affirme sans ambiguïté son article 1.2, qui fait suite à plusieurs considérants explicites, la directive sur la protection du secret d'affaires n'a pas pour effet d'apporter des restrictions aux libertés d'expression et d'information.

Sur proposition de son rapporteur, l'Assemblée nationale a ajouté un renvoi à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que mentionne la directive et qui garantit la liberté d'information.

Par ailleurs, elle a précisé la portée de la dérogation au secret d'affaires au nom de la **protection de l'ordre public** en complétant la liste, non **limitative, des intérêts légitimes reconnus par le droit de l'Union ou le droit national, qui peuvent justifier une atteinte à un secret d'affaires**, pour y ajouter la **protection de l'environnement**. La charte de l'environnement fait en effet partie du bloc de constitutionnalité depuis 2004.

Enfin, l'Assemblée nationale a prévu que le secret d'affaires n'est pas protégé en cas d'obtention, d'utilisation ou de révélation au public, par un journaliste exerçant son droit à la liberté d'expression et d'information ou par un lanceur d'alerte, d'informations couvertes par un tel secret, là où l'article 5 de la directive indique plus clairement que les entreprises ne pourront pas, en pareil cas, obtenir en justice des mesures conservatoires, en particulier d'interdiction de publication, ou de réparation.

6. Des dispositions restreignant la portée et la protection du secret d'affaires

Le texte transmis par l'Assemblée nationale comporte quelques dispositions de nature à restreindre le champ des secrets d'affaires tel que défini par la directive.

L'Assemblée nationale n'a pas en effet retenu, à l'article L. 151-2, comme mode d'acquisition licite d'un secret d'affaires, toute pratique « *conforme aux usages honnêtes en matière commerciale* » qu'elle aurait pu transcrire, comme elle l'a fait à l'article suivant comme « *conforme aux usages en matière commerciale* ». Ce faisant, elle a **écarté un mode d'acquisition licite de secrets d'affaires prévu par la directive**.

Le texte adopté a en outre prévu qu'une mesure de protection raisonnable consiste, notamment, en la **mention explicite que l'information est confidentielle**. Il en résulte que l'absence d'une telle mention pourrait être considérée comme excluant la qualification de secret d'affaires, ce qui serait contraire à la directive.

L'Assemblée nationale a également introduit l'**exigence supplémentaire d'une violation des mesures de protection mises en place**

par le détenteur « légitime » du secret d'affaires, qui va au-delà des critères retenus par la directive.

Enfin, elle a introduit **une condition de significativité** pour qualifier d'illicite une atteinte à un secret d'affaires en cas de production, d'offre ou de mise sur le marché, d'importation, d'exportation ou de stockage de produits résultant de l'exploitation d'une information protégée par le secret d'affaires, condition qui n'est pas prévue par la directive.

7. Une imprécision sur la portée de la violation d'une clause de confidentialité

Le texte adopté par l'Assemblée nationale fait figurer la violation d'une clause de confidentialité au nombre des cas d'obtention illicites de secrets d'affaires alors qu'une telle violation ne peut être invoquée qu'au titre de l'utilisation ou de la divulgation illicites de secrets d'affaires (paragraphe 3 de l'article 4 de la directive). **De telles clauses sont en effet destinées à interdire l'utilisation ou la diffusion de telles informations mais non l'accès même à ces informations.**

8. L'exploitation justifiée d'une faculté ouverte par la directive et des précisions bienvenues

Comme l'autorise la directive, la proposition de loi permet au juge d'agir **d'office** en matière de publicité d'une décision sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires.

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, l'Assemblée nationale a utilement précisé que la **valeur commerciale** du secret d'affaires est **effective ou potentielle**.

Elle a également ajouté la **perte de chance** aux critères d'évaluation non limitatifs du préjudice énumérés par la directive.

9. L'ajout d'un régime autonome d'amende civile en cas de procédure dilatoire ou abusive

En cas de procédure dilatoire ou abusive, l'Assemblée nationale a introduit une disposition qui prévoit un régime autonome d'amende civile, dans la limite de 20% du montant de la demande de dommages-intérêts, **sans préjudice de la réparation du dommage causé à la victime**. En l'absence d'une telle demande, le montant de l'amende civile pourra atteindre 60.000 euros. Indubitablement, ce **dispositif ajoute à la directive**. Son opportunité doit être appréciée par la commission des lois au regard notamment du complément de protection qu'il est susceptible d'apporter aux journalistes et aux lanceurs d'alerte.

10. Une protection exclusivement intra européenne

La directive harmonise la protection des secrets d’affaires au sein de l’Union européenne mais ne protège pas les entreprises européennes qui opèrent ou sont établies à l’étranger contre des atteintes au secret d’affaires, en particulier **les demandes de communication de preuves par les demandeurs¹ dans le cadre des procédures américaines dites de *discovery*.**

En pareil cas, la convention de La Haye du 28 mars 1970 sur l’obtention des preuves à l’étranger en matière civile et commerciale, qui a été ratifié par les États-Unis, devrait s’appliquer. En pratique, et ainsi que l’a fait la Cour suprême en 1987 à l’encontre d’*Aérospatiale*, les juridictions américaines tendent à ne pas y recourir et à émettre des réserves afin d’écarter les restrictions imposées par les lois nationales dites de blocage comme la loi française du 26 juillet 1968, qui circonscrivent les communications d’informations à l’étranger dans le cadre de procédures administratives ou judiciaires en l’absence de commission rogatoire internationale. Ces juridictions estiment en effet que les intérêts américains visant à voir appliquer cette procédure l’emportent sur les intérêts étrangers protégés par une telle loi dont la méconnaissance fait pourtant encourir des sanctions pénales à leurs auteurs (six mois d’emprisonnement et 1 800 euros d’amende en France).

Cette situation apparaît particulièrement préjudiciable car elle **oblige les entreprises soit à renoncer à défendre leurs droits, y compris en cas de procédure abusive, soit à livrer leurs secrets d’affaires à des concurrents.**

Plus largement, elle illustre une problématique qu’il est **urgent d’approfondir au sein de l’Europe**, à savoir **la question du cantonnement de l’application extra territoriale des lois américaines** dont on connaît les conséquences financières directes et les effets anticoncurrentiels². À cet égard, l’actualisation du règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l’application extraterritoriale d’une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant serait hautement souhaitable. Une proposition de règlement a été présentée à cet effet par la Commission européenne le 25 février 2015 mais elle n’a pas connu de suites à ce jour³.

¹ À la différence de la procédure française où c’est le juge qui diligente la collecte des preuves.

² La résolution européenne du Sénat n° 61 (2016-2017) du 21 janvier 2017 pour une politique commerciale assurant la défense des intérêts économiques de l’Union européenne, présentée par votre rapporteur et notre ancien collègue Daniel Raoul évoque notamment cette problématique.

³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil COM(2015) 48 final du 6 février 2015.

EXAMEN EN COMMISSION

La commission des affaires européennes s'est réunie le jeudi 5 avril 2018 pour l'examen du présent rapport. À l'issue de la présentation faite par M. Philippe Bonnecarrère, le débat suivant s'est engagé :

M. Jean Bizet, président. - C'est un sujet important. On ne saurait cacher sous le secret des affaires des activités illégales, y compris dans le domaine de l'environnement.

M. André Gattolin. - Merci pour cette analyse pertinente. La directive a évolué car dans un premier temps, elle ne visait pas le cas spécifique des journalistes, ni celui des lanceurs d'alerte. Cela avait suscité de l'émoi dans certains États membres, et jusqu'à la Commission, qui préparait une proposition de directive sur les lanceurs d'alerte. Des bornes ont été posées, un amendement voté à l'Assemblée nationale contre les recours abusifs et l'acharnement judiciaire auquel s'adonnent certaines entreprises. L'amende de 50 000 euros peut être proportionnelle, dans la limite de 20 % des sommes réclamées : 400 000 euros, par exemple, pour une requête abusive réclamant 2 millions d'euros de dommages et intérêts. Les entreprises y réfléchiront à deux fois avant d'utiliser des procédures juridiques, très techniques, par exemple contre la presse. Au bout du compte, la justice rend raison au professionnel visé, mais entretemps, il a été condamné plusieurs fois, car il n'a pas de gros moyens pour se défendre ! Je ne citerai pas de nom, mais un grand industriel français de l'informatique était coutumier de ces procédures. Bref, le présent texte est de bonne qualité, efficace. Les réserves que j'émettais en 2014 et 2015 n'ont plus lieu d'être. Je souligne également qu'il n'y a pas non plus de risque d'entrave au droit d'information des syndicats.

M. Pascal Allizard. - Ai-je manqué une étape ? Qu'en est-il des fonctionnaires lanceurs d'alerte ? Ce point n'a pas été tranché à ce jour, car le statut - et singulièrement le devoir de réserve - entre en contradiction avec la démarche du lanceur d'alerte.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. - L'enjeu n'est pas négligeable pour les entreprises : protection du fonds de commerce, des recettes, des actifs incorporels... Le grand nombre des cyber-attaques rappelé par M. Bigot nous montre l'importance de la sécurité économique.

Vous recevrez peut-être des mails - j'en ai reçu un seul, pour ma part - contre ce texte, qui serait liberticide. Les apiculteurs, ainsi, croient qu'ils ne pourront plus dénoncer les néonicotinoïdes. Pas du tout, puisque la liberté d'information est préservée, comme la liberté de communication, la liberté de la presse, la protection de l'environnement ; et la charte

européenne est expressément mentionnée. Les dispositions relatives au secret des affaires sont claires, le texte est propre. Le secret des affaires ne fait pas obstacle à l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités administratives et judiciaires. Une commission d'enquête ne pourra se voir opposer le secret des affaires. L'exercice du droit d'alerte est bien pris en compte, tout comme les démarches qui visent à faire cesser les menaces contre les libertés publiques, la sécurité publique, l'environnement, etc. Enfin, le secret n'est pas protégé lorsque les informations ont été obtenues par le comité central d'entreprise.

À M. Allizard, je précise que la directive ne définit pas qui est un lanceur d'alerte. Mais la Commission y travaille. Au plan national, je vous renvoie à l'article 40 du code de procédure pénale qui fait obligation aux fonctionnaires de dénoncer au parquet les crimes ou délits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Nous avons seulement quelques suggestions à faire à la commission des lois, sans faire obstacle à l'adoption du texte.

M. Jean Bizet, président. – Nous les approuvons. Nous ne laisserons pas un pays, les États-Unis, tenter d'étouffer le multilatéralisme. La directive est complémentaire de l'accord ADPIC.

À l'issue du débat, la commission des affaires européennes a, à l'unanimité, autorisé la publication du rapport d'information et adopté les observations dans la rédaction suivante :

OBSERVATIONS

- ① La directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites vise à favoriser le développement de l'innovation et le maintien des avantages concurrentiels des entreprises européennes au sein du marché intérieur.
- ② Plus particulièrement, elle définit :
- ③ - la nature des informations protégées au titre des secrets d'affaires ;
- ④ - les conditions dans lesquelles des secrets d'affaires peuvent être légitimement obtenus ;
- ⑤ - les comportements illicites d'obtention, d'utilisation ou de divulgation de secrets d'affaires ;
- ⑥ - les cas dans lesquels la protection des secrets d'affaires n'est pas opposable ;
- ⑦ - enfin, les mesures susceptibles d'être prises par le juge civil pour empêcher, faire cesser ou réparer une atteinte à des secrets d'affaires ;
- ⑧ Vu les articles 288 et 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,
- ⑨ Vu l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,
- ⑩ Vu l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les aspects de droit de propriété intellectuelle touchant au commerce dit ADPIC, annexé au traité de Marrakech du 14 avril 1994,
- ⑪ Vu le règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant,
- ⑫ Vu la directive (UE) n° 2016/943 du Parlement et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites,
- ⑬ Vu la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement,
- ⑭ Vu la résolution européenne du Sénat n° 154 (2013-2014) sur la proposition de directive relative à la protection des secrets d'affaires,

- ⑮ Vu la proposition de loi, adoptée par l’Assemblée nationale, portant transposition de la directive du Parlement et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation,
- la commission des affaires européennes fait les observations suivantes :
- ⑯ *Sur la nature du secret d’affaires et de la procédure qui en assure la protection :*
- ⑰ Elle constate que la proposition de loi s’inscrit effectivement dans la logique de la directive qu’elle transpose en n’insérant pas les dispositions relatives au secret d’affaires dans le code de la propriété intellectuelle, marquant ainsi que le secret d’affaires, auquel ne sont pas attachés des droits exclusifs, relève d’un dispositif de protection spécifique ;
- ⑱ Elle observe que, conformément au souhait du Sénat, la directive n’exige pas qu’un régime spécifique de responsabilité civile soit mis en place, au fond comme en matière procédurale ;
- ⑲ Elle relève que, sauf dispositions spécifiques prévues par la directive, la proposition de loi renvoie en conséquence implicitement au droit commun de la procédure civile, par exemple en matière de prescription ;
- ⑳ *Sur l’étendue et l’opposabilité du secret d’affaires :*
- ㉑ Elle constate avec satisfaction que, conformément à la résolution du Sénat, la directive reprend la définition des secrets d’affaires figurant dans l’accord ADPIC ;
- ㉒ Elle observe toutefois que le texte adopté par l’Assemblée nationale a réduit les modes d’acquisition licites de secrets d’affaires en ne reprenant pas toute pratique « conforme aux usages honnêtes en matière commerciale » qu’elle aurait pu transcrire, comme elle l’a fait à l’article suivant comme toute pratique « conforme aux usages en matière commerciale » ;
- ㉓ Elle constate en revanche que la proposition de loi précise la portée du critère de la valeur commerciale de l’information, qui est l’un des trois éléments constitutifs de la définition du secret d’affaires, en reprenant l’indication figurant au considérant 14 de la directive selon laquelle la valeur commerciale peut être effective ou potentielle ;
- ㉔ Elle relève toutefois que le texte adopté indique qu’une mesure de protection raisonnable consiste notamment en la mention explicite que l’information est confidentielle, ce qui pourrait laisser à penser, alors que la directive n’exige pas une telle mesure de protection de ce secret, que l’absence d’une telle mention pourrait être considérée comme excluant la qualification de secret d’affaires ;

-
- ②⑤ Elle observe en outre que l'exigence d'une violation des mesures de protection mises en place par le détenteur légitime d'un secret d'affaires, prévue par la proposition de loi, n'est pas un élément nécessaire pour que l'atteinte au secret d'affaires soit constituée au titre de la directive et réduit dès lors la portée de la protection que prévoit la directive ;
- ②⑥ Elle constate également que la constitution de l'atteinte au secret d'affaires en cas de production, d'offre ou de mise sur le marché, d'importation, d'exportation ou de stockage de produits résultant de l'exploitation d'un secret d'affaires est subordonnée par la proposition de loi à une condition de significativité, ce qui a pour effet de réduire la portée de la protection prévue par la directive ;
- ②⑦ *Sur la portée des exceptions destinées à garantir la liberté d'expression et le droit à l'information :*
- ②⑧ Elle constate que le texte adopté fait opportunément référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que mentionne la directive et qui garantit la liberté d'information ;
- ②⑨ Elle relève en outre que, conformément à la charte de l'environnement qui fait partie du bloc de constitutionnalité depuis 2004, la portée de la dérogation au secret d'affaires au nom de la protection de l'ordre public a été complétée pour ajouter la protection de l'environnement au nombre des intérêts légitimes reconnus par le droit de l'Union ou le droit national qui peuvent justifier une atteinte au secret d'affaires et dont la directive donne une liste non limitative ;
- ③⑩ Elle observe par ailleurs qu'alors que l'article 5 de la directive prévoit que les entreprises ne pourront pas obtenir en justice des mesures conservatoires, en particulier d'interdiction de publication ou de réparation en cas de révélation au public, par un lanceur d'alerte ou un journaliste exerçant son droit à la liberté d'expression, d'informations couvertes par le secret d'affaires, le texte de transposition prévoit qu'en pareil cas le secret d'affaires n'est pas protégé ;
- ③① *Sur la réparation du dommage causé par une atteinte au secret d'affaires :*
- ③② Elle relève que la proposition de loi précise utilement que la perte de chance est l'un des critères d'évaluation non limitatifs du préjudice subi du fait d'une atteinte au secret d'affaires, en cohérence avec la précision apportée au critère de la valeur commerciale, effective ou potentielle, de l'information ainsi protégée ;
- ③③ Elle constate que, comme l'y autorise la directive, la proposition de loi permet au juge d'ordonner d'office la publicité de la décision sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires ;

③④ Elle observe que la proposition de loi prévoit un régime autonome d'amende civile, sans préjudice de la réparation du dommage causé à la victime, non prévu par la directive mais que celle-ci n'exclut pas, en cas d'utilisation abusive des mesures de protection du secret d'affaires ;

③⑤ *Sur le respect du contradictoire au cours de la procédure :*

③⑥ Elle constate que l'équilibre trouvé par la directive entre la nécessité de protéger le secret d'affaires et le respect des droits de la défense et du contradictoire répond à la préoccupation formulée par le Sénat dans sa résolution ;

③⑦ *Sur les travaux complémentaires à envisager au niveau européen :*

③⑧ Elle précise qu'elle suivra avec attention les discussions sur la proposition de directive annoncée par la Commission européenne sur les lanceurs d'alerte et en proposera une analyse dans un délai qui permettrait au Sénat d'adopter une proposition de résolution européenne puis qu'elle assurera le suivi des discussions au niveau européen ;

③⑨ Elle estime qu'il est indispensable d'approfondir la question du cantonnement de l'application extraterritoriale des lois étrangères qui a des conséquences financières directes et des effets anticoncurrentiels sur les entreprises européennes, notamment en relançant l'actualisation du règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, engagée par la Commission européenne le 25 février 2015 mais qui n'a pas connu de suites à ce jour.