

Secret des affaires: un texte pour réduire la société civile au silence

PAR MARTINE ORANGE
ARTICLE PUBLIÉ LE LUNDI 26 MARS 2018



Manifestation au Luxembourg, lors du procès LuxLeaks. © Reuters

Au terme de trois tentatives, les lobbies économiques sont en passe d'obtenir ce qu'ils demandent depuis plus de sept ans : une loi sur le secret des affaires. La proposition, discutée le 27 mars à l'Assemblée nationale, n'efface aucune des menaces des textes précédents. Le texte, volontairement flou, porte des risques juridiques immenses, attentatoires aux libertés et à l'intérêt général.

Manifestement, tous les gouvernements ont à cœur d'inscrire le secret des affaires dans la loi. En moins de sept ans, c'est la troisième tentative pour faire adopter un texte dans le droit français. Cette fois-ci, après avoir fait le détour par l'Europe, le gouvernement semble sur le point de voir ses efforts couronnés de ses succès, pour la plus grande satisfaction des lobbies économiques qui s'activent depuis des années (*voir nos enquêtes ici et là*). Mardi 27 mars, le texte sur le secret des affaires va être discuté en séance plénière à l'Assemblée nationale.

Même si la loi leur importe au plus haut point, les gouvernements successifs semblent, toutefois, vouloir se tenir à quelque distance de ce projet, comme s'ils sentaient une certaine gêne, comme s'il ne fallait surtout pas qu'ils soient associés de trop près au texte qui met à mal tous les piliers législatifs de la démocratie. Dans cette V^e république où tout procède de l'exécutif, le projet paraît donc venir à chaque fois d'une initiative parlementaire.

En 2011, c'est le député UMP Bernard Carayon qui avait présenté une proposition de loi sur le secret des affaires. Mais ce fut l'échec, notamment à cause de l'opposition du PS. En 2014, le parti socialiste paraît s'être ravisé sur ce texte jugé liberticide trois ans auparavant. C'est par un amendement – vrai cavalier législatif – soutenu par le député PS Richard Ferrand, introduit subrepticement dans le cadre de la loi Macron, que le projet avait refait surface, avant d'être retiré face à la fronde de la presse. Emmanuel Macron avait alors promis d'apporter toutes les garanties pour soutenir les libertés fondamentales. Aujourd'hui, **le texte est à nouveau présenté comme une proposition de loi**, laquelle est portée par le député LREM Raphaël Gauvain et signée en second par Richard Ferrand, à nouveau.



Raphaël Gauvain, rapporteur de la proposition de loi sur le secret des affaires, lors de la discussion en commission des lois le 21 mars © Capture d'écran video Assemblée nationale
Officiellement, le choix de la procédure est justifié par la nécessité : bien que des dizaines de directives aient attendu des années avant d'être transposées en droit français, celle sur le secret des affaires, adoptée en 2016, doit être transposée en urgence. La France, ou plus exactement les lobbies économiques français, qui sont à la manœuvre, ne sauraient attendre plus longtemps.

Si ce texte rencontre tant de résistances depuis tant d'années, c'est qu'il porte en lui des menaces sur des pans entiers du droit français, sur la démocratie. Déclaration des droits de l'homme, droit constitutionnel, liberté d'expression, droit de la presse, droit syndical, droit de la consommation, droit de l'environnement, tout peut être remis en cause, poursuivi, condamné, au nom du secret des affaires.

En un mot, la société civile est priée de renoncer à ses droits, de s'incliner devant le pouvoir économique, la puissance de l'argent.

Tous ces dangers ont été soulevés depuis sept ans. Pourtant, c'est comme si aucune des remarques, des propositions, des objections faites par des juristes, des constitutionnalistes, des représentants de la presse, des syndicats, des associations n'avait été entendue. Lors des discussions sur le texte français puis dans le cadre de l'élaboration de la directive européenne, il avait été proposé à de nombreuses reprises d'encadrer la notion de secret des affaires, de limiter celui-ci aux pratiques déloyales entre concurrents, afin de le laisser dans le champ strictement économique. La Commission européenne et le Parlement européen ont refusé ces limitations. Et la France s'est empressée de transposer le texte, dans le même esprit. « *Au nom du respect de la directive européenne* », naturellement. Un respect à géométrie variable, comme nous le verrons.

« *Le texte proposé aujourd'hui n'est pas très éloigné de l'amendement déposé dans la loi Macron, analyse l'avocate Virginie Marquet, très investie contre ce projet d'amendement en 2014. Il est porteur d'une grande insécurité juridique. Parce qu'il ne s'appuie pas sur des notions de droit précises, il introduit le poids de l'aléa, d'une jurisprudence variant selon les tribunaux.* »

De fait, la définition du secret des affaires, telle que retranscrite dans la proposition de loi, reste toujours aussi floue, large et aléatoire. Elle reprend parfois au mot près celle de la **proposition présentée en 2011 par Bernard Carayon**. « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information présentant l'ensemble des caractéristiques suivantes : 1°) Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de cette catégorie d'information ; 2°) Elle revêt une valeur commerciale parce qu'elle est secrète ; 3°) Elle*

fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en conserver le secret », dit la proposition de loi.

Dans l'exposé des motifs, il est précisé : « *L'information a une valeur commerciale, par exemple, lorsqu'elle constitue, pour son détenteur, un élément de son potentiel scientifique et technique, de ses intérêts économiques ou financiers, de ses positions stratégiques ou de sa capacité concurrentielle. Dès lors qu'une information présente l'ensemble de ces caractéristiques, elle peut faire l'objet d'une protection dans les conditions prévues par le nouveau titre V du livre I^{er}, indépendamment du support sur lequel elle peut être incorporée.* »

Avec de telles définitions, tout peut relever du secret des affaires. Parler des dangers du Mediator, c'est porter atteinte aux intérêts économiques, combien présents dans cette affaire, du laboratoire Servier. Dénoncer la dangerosité du Roundup de Monsanto, c'est menacer les milliards de dollars de chiffre d'affaires que réalise le groupe américain grâce à ce produit. Avec un tel texte, pourra-t-on évoquer les LuxLeaks, les Panama Papers, l'évasion fiscale d'UBS ou d'Apple, ou encore de Kering, la faillite du Crédit lyonnais, ou la déconfiture de Vivendi, le scandale Elf ou Rhodia ou les pratiques de corruption chez Airbus ou Alstom, les plans sociaux de PSA à Aulnay, ou le scandale de l'amiante ou des essais sur les animaux ?

La liste est infinie de dossiers, d'affaires qui n'auraient peut-être jamais pu être portés à la connaissance du public si ce texte avait existé. On ne parle même pas des manipulations de l'opinion publique par des grands groupes, comme le cas du faux espionnage industriel chez Renault, qui n'auraient jamais été démontées sans la vigilance de la presse. Qu'en sera-t-il demain, alors que déjà un groupe public comme Areva a mis en avant le secret des affaires pour que le rapport de la Cour des comptes sur sa gestion calamiteuse ne soit pas rendu public ou que le laboratoire portugais Bias, impliqué dans des essais cliniques qui ont provoqué la mort d'un patient à

Rennes, a invoqué aussi le secret des affaires pour ne pas communiquer à la justice le relevé de ses expériences ?

«*Qu'il s'agisse d'informations sur les pratiques fiscales des entreprises, de données d'intérêt général relatives à la santé publique ou liées à la protection de l'environnement et à la santé des consommateurs, les journalistes, les scientifiques, les syndicats, les ONG ou les lanceurs d'alerte qui s'aventureraient à rendre publiques de telles informations s'exposeraient à une procédure judiciaire longue et coûteuse, que la plupart d'entre eux seraient incapables d'assumer face aux moyens dont disposent les multinationales et les banques. C'est là le pouvoir de cette loi : devenir une arme de dissuasion massive* », dénoncent les sociétés de journalistes, les syndicats, les associations comme Attac et Anticor, signataires d'une pétition (**à lire dans le Club**) contre la proposition de loi.

Plusieurs amendements ont déjà été déposés en vue de recentrer le texte. Mais les lobbies veillent à ce que leur texte ne soit pas « dénaturé ». (*Une pétition contre le texte a été lancée. Elle est ici*)

Les tribunaux de commerce, juges du secret des affaires



Manifestation de soutien au Luxembourg, lors du procès LuxLeaks en décembre 2016 © Reuters

Officiellement, la proposition de loi dit apporter toutes les garanties pour la liberté de la presse – un droit constitutionnel. Le texte précise cependant : « *L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, une personne savait, ou ne pouvait ignorer au regard des circonstances, que ledit secret des affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite.* » Une première illustration de ce que pourrait

donner à l'avenir ce texte a été donnée **dans l'affaire Conforama**. Le tribunal de commerce de Paris a condamné *Challenges* pour avoir publié une information sur la procédure de sauvegarde engagée par le groupe de grande distribution, considérant que l'hebdomadaire était soumis, comme les autres parties prenantes, à la confidentialité, et qu'il ne pouvait donc faire état de cette information. À l'avenir, ce sont des dizaines de dossiers qui pourraient ne plus être évoquées par la presse parce que les informations ont été obtenues de « *façon illicite* ».

Il en va de même pour les lanceurs d'alerte. Officiellement, la Commission européenne, le gouvernement français, les parlementaires jurent tous, la main sur le cœur, qu'ils sont pour la protection des lanceurs d'alerte. D'ailleurs, la loi Sapin 2 de décembre 2016 n'a-t-elle pas prévu des dispositions pour protéger les personnes qui signaleraient « *un crime ou un délit, une violation grave [...] ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général* » ? Dans la directive européenne, un dispositif est prévu pour qu'un lanceur d'alerte ne puisse être poursuivi pour violation du secret des affaires, pour avoir révélé « *des fautes, des méfaits, des activités illégales prouvant que l'employé a agi en vue de défendre l'intérêt général* ».

Bien que les règles européennes stipulent qu'une directive est un minimum commun, qui peut être amélioré mais en aucun cas réduit par chaque État membre, Raphaël Gauvain, rapporteur de cette proposition de loi, a éprouvé le besoin d'encadrer cette protection, d'en réduire la portée. Les lanceurs d'alerte ne sont pas susceptibles d'être poursuivis pour violation du secret des affaires s'ils révèlent « *de bonne foi* » un crime, un délit et un acte répréhensible. Par une inversion totale de la charge de la preuve, ce sont les lanceurs d'alerte qui sont sommés de s'expliquer.

Mais qu'est-ce que la bonne foi ? Comment la définit-on en droit, dans la jurisprudence ? Qui va décréter que le lanceur d'alerte était de bonne foi ? Doit-on rétablir le tribunal de l'Inquisition pour sonder la conscience et les intentions de chaque acteur ?

Il en va de même pour le droit syndical. Les syndicats, selon le texte, ne peuvent être poursuivis pour violation du secret des affaires dans l'exercice de leur fonction. Mais la proposition de loi s'est empressée d'ajouter un codicille : « *pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice* ». Là encore, comment estimer que la divulgation est nécessaire ? Et qui tranche ? Est-ce que, lorsque les syndicats d'EDF dénoncent le pillage du patrimoine public avec la vente programmée des barrages hydrauliques, ils sont dans la dénonciation nécessaire ? Est-ce que dévoiler le plan social de Carrefour s'inscrit dans la divulgation nécessaire ? Est-ce que parler des millions de stock-options d'Alexandre Bompard à la Fnac relève, selon les tribunaux, de l'intérêt général ? Dénoncer les montages en LBO qui laissent totalement exsangues les entreprises, à l'instar de Solocal, en enrichissant au-delà de l'imagination certains dirigeants, est-ce aussi outrepasser les droits syndicaux et franchir le seuil du secret des affaires ?

La presse, les lanceurs d'alerte et les syndicats ont encore le droit, dans cette proposition de loi, à quelques précautions. Car le gouvernement veut sauver les apparences, montrer qu'il respecte, au moins dans la forme, la Constitution et quelques lois. Mais les associations, les ONG, qui elles ne s'inscrivent dans aucun cadre législatif, n'ont le droit à aucune protection. Parler de l'évasion fiscale d'Apple, d'Amazon, d'Uber ou de Airbnb, comme le fait Attac, ne leur vaudra-t-il pas demain d'être poursuivies pour violation du secret des affaires, car les faveurs fiscales obtenues par un groupe ou un autre sont couvertes par le secret fiscal et les rapporter porte indiscutablement un préjudice à leurs intérêts économiques ?

Ces questions sont d'autant plus importantes que la proposition de loi, l'air de rien, est en train de planter un dispositif destiné à miner tout l'arsenal législatif, constitué depuis des décennies, parfois depuis un siècle, pour garantir la liberté de la société civile.

Comme d'habitude, le diable est dans les détails. Officiellement, le texte se veut nettement moins répressif que les versions précédentes : il exclut toute sanction pénale, alors qu'il était prévu auparavant

des peines pouvant aller jusqu'à trois ans de prison et 375 000 euros d'amende. Mais derrière cette disparition se cache un redoutable piège. Imposer des sanctions pénales aurait obligé à s'adresser à des juges professionnels, à s'adresser à des tribunaux de grande instance, à des cours d'appel. Dès lors que ce dispositif pénal disparaît, le recours aux tribunaux classiques n'est plus requis.

La proposition de loi, d'ailleurs, contrairement à tous les autres textes législatifs, ne précise pas quels tribunaux peuvent être compétents pour juger de la violation du secret des affaires : elle parle de façon indéterminée de « *la juridiction* ». Derrière ce flou volontaire, il faut lire ce que cela signifie : les tribunaux de commerce, à l'avenir, seront aussi habilités, et peut-être même en priorité, à trancher sur le secret des affaires.

Tout a été dit depuis des années sur les tribunaux de commerce. En 1998, le rapport Colcombet-Montebourg dressait un constat accablant sur le fonctionnement de ces juridictions commerciales : juges non professionnels ignorant le droit, incompétences, collusion d'intérêts, manipulation des dossiers, absence constante du parquet pour rappeler au minimum la loi. Vingt ans après, rien n'a changé, si ce n'est en pire. Aucun gouvernement n'a eu le courage de s'attaquer à une réforme en profondeur de la justice commerciale. Il n'a même pas été élaboré de programmes de formation pour donner au moins un minimum de qualification juridique aux juges non professionnels qui siègent dans ces juridictions.

Le droit, pour eux, semble une donnée subalterne, un accessoire embarrassant. En juin 2017, alors que la Cour de cassation avait définitivement condamné Bernard Tapie à restituer les 404 millions d'euros de l'arbitrage frauduleux, le tribunal de commerce de Paris avait encore **validé un plan de sauvegarde fantaisiste**, rendant ses biens insaisissables. En juillet 2009, en pleines vacances judiciaires, le **tribunal de commerce de Nanterre** avalisait une demande d'arbitrage présentée par André Guelfi (*alias* Dédé la

sardine) et une poignée de mafieux russes membres du comité des jeux olympiques pour réclamer 170 milliards d'euros à Total.

Plus récemment, il a été découvert que le groupe Lactalis, impliqué dans le lait contaminé pour les enfants, ne déposait pas ses comptes depuis des années, en dépit des obligations réglementaires. Hasard : le vice-président du tribunal de commerce de Laval (Mayenne), où est le siège de Lactalis, est justement cadre dirigeant du groupe laitier. Des histoires comme celles-là, il y en a des dizaines dans les placards des tribunaux de commerce. Ce n'est pas par hasard que de nombreux livres parlent de la mafia des tribunaux de commerce.

Qu'attendre de ces juridictions, si demain elles sont habilitées à se prononcer sur le secret des affaires ? Là encore, l'affaire Conforama donne un premier éclairage sur les dangers qui menacent. Au nom des intérêts commerciaux, les juges du tribunal de commerce de Paris se sont assis sur la loi de la presse de 1881. Savaient-ils seulement qu'elle existait ? Demain, au nom des mêmes principes des intérêts du commerce, ils pourraient tout aussi bien passer outre les droits constitutionnels sur la liberté d'expression, le droit syndical, le droit de l'environnement.... On ne parle même pas de la protection des lanceurs d'alerte, forcément fauteurs de troubles.

Mais le recours aux tribunaux de commerce comporte un autre danger : celui de la sanction pécuniaire. Contrairement au droit pénal qui fixe un montant maximum pour les amendes, le droit commercial ne

donne aucune limite. « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend notamment en considération : 1° les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée ; 2° le préjudice moral causé à cette dernière », écrit le texte de loi.

Cette disposition peut se révéler une arme de dissuasion massive, comme le dit la pétition. Cas d'école : en janvier 2016, la CGT annonçait dans un tract des perquisitions des services de la répression des fraudes dans plusieurs sites de Renault en Île-de-France, dans le cadre d'une enquête sur les émissions toxiques des moteurs diesel. À la suite de ces annonces, l'action Renault dévissait de 17 %. Plusieurs milliards s'étaient évaporés.

Le groupe Renault pourrait-il poursuivre demain la CGT pour violation du secret des affaires et lui demander réparation à hauteur de la chute de son cours de bourse ? L'exemple n'est pas seulement une vue de l'esprit. Vincent Bolloré a déposé plainte contre France 2 pour avoir rediffusé un documentaire sur son groupe et lui réclame 50 millions d'euros de dommages et intérêts. Aucun organe de presse, aucune association, aucun syndicat n'est capable d'assumer une telle menace financière et ceci pendant des années. Car c'est bien cela le sens de cette loi floue, extensive au-delà du raisonnable, sur le secret des affaires : une volonté politique de permettre au monde des affaires de frapper fort, très fort, pour réduire toutes les dissidences au silence, bâillonner la société civile.

Directeur de la publication : Edwy Plenel

Directeur éditorial : François Bonnet

Le journal MEDIAPART est édité par la Société Editrice de Mediapart (SAS).

Durée de la société : quatre-vingt-dix-neuf ans à compter du 24 octobre 2007.

Capital social : 24 864,88€.

Immatriculée sous le numéro 500 631 932 RCS PARIS. Numéro de Commission paritaire des publications et agences de presse : 1214Y90071 et 1219Y90071.

Conseil d'administration : François Bonnet, Michel Broué, Laurent Mauduit, Edwy Plenel (Président), Sébastien Sassolas, Marie-Hélène Smiéjan, Thierry Wilhelm. Actionnaires directs et indirects : Godefroy Beauvallet, François Bonnet, Laurent Mauduit, Edwy Plenel, Marie-Hélène Smiéjan ; Laurent Chemla, F. Vitrani ; Société Ecofinance, Société Doxa, Société des Amis de Mediapart.

Rédaction et administration : 8 passage Brulon 75012 Paris

Courriel : contact@mediapart.fr

Téléphone : + 33 (0) 1 44 68 99 08

Télécopie : + 33 (0) 1 44 68 01 90

Propriétaire, éditeur, imprimeur : la Société Editrice de Mediapart, Société par actions simplifiée au capital de 24 864,88€, immatriculée sous le numéro 500 631 932 RCS PARIS, dont le siège social est situé au 8 passage Brulon, 75012 Paris.

Abonnement : pour toute information, question ou conseil, le service abonné de Mediapart peut être contacté par courriel à l'adresse : serviceabonnement@mediapart.fr. ou par courrier à l'adresse : Service abonnés Mediapart, 4, rue Saint Hilaire 86000 Poitiers. Vous pouvez également adresser vos courriers à Société Editrice de Mediapart, 8 passage Brulon, 75012 Paris.