LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

DOSSIER
Reporting extra-financier et secret des affaires : regards croisés

Emmanuel DAOUD, Alizée DILL, César GHRENASSIA, Emmanuel MERCINIER, Juliette NEIMAN et Agathe QUINIO

- De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises
  Franck MARMOZ
- Les saisies pénales spéciales : entre efficacité revendiquée et respect des droits des créanciers
  Gérard LEGRAND et Aude MANTEROLA
- La non-sollicitation de personnel en droit des affaires : pour une préservation des savoir-faire de l'entreprise
  Jean-Jacques TATOUX

147 | MENSUEL
AVRIL 2019

Wolters Kluwer

RLDA 6700

Secret des affaires et intérêt général

César GHRENASSIA
Avocat au Barreau de Paris

Agathe QUINIO
Élève Avocate

Sans secret professionnel, pas de procès équitable. Sans secret des sources, pas de liberté de la presse. Que protège le secret des affaires ? Et comment cette nouvelle protection issue de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 s'insère-t-elle dans notre ordre juridique ? C'est l'objet du présent article.

Devant le Sénat, le 21 juin 2018, Madame le Garde des Sceaux, venue soutenir sa loi, a déclaré : « *nos entreprises doivent disposer des moyens de se défendre contre l'espionnage industriel, dans un contexte de mondialisation et de concurrence exacerbée, qualifiée de « guerre économique » par votre rapporteur* »[1]. C'est la raison d'être du secret des affaires.

Son origine est européenne. Aux termes de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016, il est en effet rappelé que « *les entreprises comme les organismes de recherche non commerciaux investissent dans l'obtention, le développement et l'utilisation de savoir-faire et d'informations qui constituent la monnaie de l'économie de la connaissance et qui confèrent un avantage concurrentiel. Ces investissements dans la production et l'utilisation de capital intellectuel sont des facteurs déterminants de leur compétitivité et de leurs performances liées à l'innovation sur le marché, et donc de leur retour sur investissement, ce qui constitue la motivation sous-jacente de la recherche et du développement dans les entreprises*[2]. [...] *Ils doivent être protégés en ce qu'ils constituent un instrument complémentaire essentiel à la nécessaire appropriation des actifs intellectuels qui constituent les moteurs de l'économie de la connaissance du XXIème siècle* »[3].

Les données recueillies, au temps de l'étude d'impact, vont en ce sens. D'un côté, plus des deux tiers du produit intérieur brut de l'Union européenne résulte de la création de connaissances innovantes. De l'autre, vingt pour cent des entreprises interrogées déclarent avoir subi au moins une tentative d'appropriation illicite au cours des dix dernières années[4].

Aux termes de l'article L. 151-1 du code de commerce, issu de la transposition de la directive n° 2016/943 du 8 juin 2016, l'information protégée au titre du secret des affaires est ainsi définie : « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ».

Cette information protégée ne correspond pas aux biens, valeurs ou créations protégées par un droit de propriété intellectuelle[5]. Elle se distingue beaucoup plus imparfaitement[6] d'autres secrets protégés par la loi, secret de fabrique[7] ou encore données techniques des dossiers d'autori-

(1) JO, compte rendu intégral, Séance du 21 juin 2018, N. Belloubet.

(2) Dir. PE Cons. UE n° 2016/943, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(3) Prop. Dir. PE Cons. sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 28 nov. 2013, p. 3.

(4) *Idem*, p. 4.

(5) Cons. const., 26 juill. 2018, n° 2018-768.

(6) J.C. Galloux, La transposition de la directive sur le secret d'affaires, RTD com, juill.-sept. 2018.

(7) C. propr. intell., art. L. 321-1.

sation de mise sur le marché[8][9]. Conformément à l'objectif des législateurs européens et nationaux, la valeur économique de ces informations est le dénominateur commun de ces protections. Mais la valeur des informations protégées est, ici, appréciée en fonction du marché, c'est-à-dire des connaissances du marché[10] et des investissements de l'entreprise[11] sans référence au progrès des sciences, des arts ou des idées.

C'est sans doute la limite de cette protection. En ce sens, toujours devant le Sénat, Madame le Garde des Sceaux s'est engagée : « *cette protection du secret des affaires n'est en revanche, à l'évidence, pas absolue : l'intérêt particulier d'une entreprise à conserver secrètes certaines informations cédera toujours face à la nécessité de préserver l'intérêt général et les droits fondamentaux. Les juridictions y veilleront* »[12].

Cet engagement n'a pas découragé les parlementaires à soumettre, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, à la censure du Conseil constitutionnel, la loi relative à la protection du secret des affaires, griefs tirés notamment de la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication, de la liberté d'entreprendre et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel a jugé que les articles soumis à sa juridiction étaient conformes à la Constitution.[13] Il importe toutefois de relever que le Conseil ne s'est pas prononcé sur le premier grief dès lors que « *les dispositions de l'article L. 151-1 du code de commerce se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de l'article 2 de la directive du 8 juin 2016* »[14].

Aussi le débat n'est pas clos et pose des questions politiques, juridiques et philosophiques majeures. En premier lieu, si le Conseil exerce un contrôle de constitutionnalité restreint en matière de lois de transposition, il s'autorise néanmoins à veiller à ce que la transposition de la directive n'aille pas « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »[15]. Or, aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme* ». Et en ce sens, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* »[16].

En deuxième lieu, il convient, sans doute, de rappeler que la liberté de la Déclaration est un droit naturel de telle sorte que ce droit est attaché à l'individu. La libre communication des pensées et des opinions n'aurait pu être envisagé comme un droit de l'entreprise, et, pas plus, la valeur d'une pensée ou d'une opinion n'aurait pu être considérée comme un démembrement du capital[17]. De même, dans cette optique libérale, la protection est accordée à l'individu contre l'arbitraire de l'Etat et le secret protecteur relève de la sphère privée tandis que la vie publique commande le débat.

En dernier lieu, et sans épuiser le sujet, la raison d'être du secret des affaires entre en concurrence directe avec la vocation de la presse en ce que, dans les deux cas, ses défenseurs font valoir l'intérêt général. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie les journalistes de « *chiens de garde de la démocratie* » dès lors que la presse fournit des informations sérieuses sur des questions d'intérêt général[18]. Ces deux réalités se superposent plus qu'elles ne coïncident. La relation entre l'intérêt général et la richesse des particuliers est une question ancienne des études politiques et économiques. La nouveauté réside peut-être dans cette nouvelle responsabilité attribuée aux entreprises. À côté du sujet de droit en rapport avec le souverain, en-deçà ou au-delà du peuple, apparaît la population destinée à être gouvernée.[19] Et les entreprises, ou plutôt la forme entreprise, quadrillent cette population lui donnant la mesure de sa liberté.

C'est pourquoi, la loi étudiée a suscité tant de vives réactions et d'oppositions tranchées, journalistes et lanceurs d'alerte s'inquiétant de ses effets. Ceux-ci feront la matière de procés d'importance et de passion. Nous nous proposons d'aborder les aspects de la controverse en nous attachant à la conciliation opérée par la loi de transposition entre la protection du secret des affaires et les exigences d'un débat démocratique (1). Dans ce cadre, l'in-

(8) JOUE n° L 311, 28 nov. 2004, p. 67 ; modifié par la directive n° 2004/27 du 31 mars 2004, JOUE n° L 136, 30 avr. 2004, p. 34.

(9) M. Danis, T. Lautier. Une nouvelle ère pour le secret des affaires, JCP G 2019, III, n° 60.

(10) C. comm., art. L. 151-1, 1°.

(11) C. comm., art. L. 151-1, 2° et 3°.

(12) JO, compte rendu intégral, Séance du 21 juin 2018, N. Belloubet.

(13) Déc. n° 2018-768 DC, 26 juill. 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires.

(14) Déc. n° 2018-768 DC, 26 juill. 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires, cons. 11.

(15) Cons. Const., déc. n° 2006-540, 27 juill. 2006, cons. 19.

(16) Cons. Const., déc. n° 2017-693, QPC, 2 mars 2018, cons. 6.

(17) Le Chapelier, Rapport sur les sociétés populaires, 29 sept. 1791, éd. Pléiade, Orateurs de la Révolution française, p. 438 : « *Croyez que c'est beaucoup à cela que tiennent l'ordre public, la confiance et la sécurité d'une foule de citoyens : nul ne veut d'autre maître que la loi. Si les sociétés pouvaient avoir quelque empire ; si elles pouvaient disposer de la réputation d'un homme ; si corporativement formées, elles avaient d'un bout de la France à l'autre, des ramifications et des agents de leur puissance, les sociétés seraient les seuls hommes libres, ou plutôt la licence de quelques affiliés détruirait la liberté publique* [...] ».

(18) CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, § 39.

(19) M. Foucault, Sécurité, Territoire, Population, Cours au Collège de France, 1977-1978, p. 81.

térêt général apparaît comme un concept clé en ce que, tout à la fois, il protège et oblige l'entreprise (2).

I. – Protection du secret des affaires

La loi de transposition protège l'information au moyen d'une définition compréhensive et par les voies de l'action civile (A) et protège le droit à l'information au moyen d'une exception qui n'est sans doute pas une immunité (B).

A. – L'information protégée

Si pour certains auteurs, le législateur français a évité l'écueil d'une définition trop précise qui aurait manqué de pragmatisme[20], il n'en demeure pas moins que les contours de ce qui constitue un secret des affaires reste source d'interrogation. S'agissant des différents critères retenus pour qu'une information soit protégée, la notion de « *valeur commerciale, effective ou potentielle* »[21] pose question. Pour certains, des informations, comme des résultats de recherches n'ayant pas abouti, ne présentent pas de valeur commerciale, et seraient exclues du champ de la protection alors que leur divulgation pourrait causer un dommage à leur détenteur légitime[22]. Pour d'autres, des informations ou des données personnelles, concernant des personnages célèbres, et dont la valeur commerciale n'est pas contestable, entreront dans le champ de la protection.[23]

Le détenteur légitime d'un secret des affaires est défini comme celui qui en a le contrôle de façon licite[24]. Les comportements sanctionnés au titre d'une atteinte au secret des affaires sont l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de l'information protégée[25]. De tels comportements engagent la responsabilité civile de leur auteur[26]. L'action relative à cette atteinte se prescrit par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause[27].

Outre le mécanisme de responsabilité civile, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 a introduit la possibilité pour le juge de prononcer des mesures préventives. Ainsi, une action peut être entreprise afin de prévenir ou de faire cesser une atteinte à un secret des affaires et la juridiction peut, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte[28]. À ce titre, elle peut notamment interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation du secret. On peut par exemple songer au retrait d'une publication révélant des informations couvertes par le secret des affaires. La juridiction peut aussi ordonner la destruction d'un fichier numérique contenant des informations protégées au titre du secret des affaires ou en ordonner la remise totale ou partielle au demandeur. Le texte prévoit encore la possibilité pour le juge d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires sur requête ou en référé[29].

La mise en place de mesures provisoires rapides, efficaces et accessibles était préconisée par la directive compte tenu d'une part, des conséquences potentiellement désastreuses que l'atteinte au secret des affaires peut avoir pour son détenteur légitime, et d'autre part de l'impossibilité pour la victime de l'atteinte de revenir à la situation qui prévalait avant l'atteinte au secret des affaires[30]. Ces mesures de prévention doivent néanmoins être proportionnées, notamment au regard des atteintes qu'elles sont susceptibles de porter à la liberté d'expression[31].

Il ressort des travaux préparatoires de la directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 que la protection du secret des affaires devait répondre à un objectif de compétitivité des entreprises européennes au niveau international. Les dispositions relatives au secret des affaires s'inscrivent à ce titre dans un mouvement faisant du droit un outil de défense des intérêts économiques nationaux ou régionaux. Il en va notamment ainsi de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), créée par la loi n° 2016-1691. Cet instrument de souveraineté nationale[32] a en effet été introduit dans l'arsenal juridique français pour répondre aux défis des systèmes concurrents, en particulier anglo-saxons, aux transactions record, à l'étranger, d'entreprises françaises, et à l'impuissance, de fait, de la justice pénale hexagonale en matière de corruption[33].

Or, dans cette concurrence des ordres juridiques, qui vient doubler la compétition économique, le système français n'a sans doute pas la puissance d'attraction des modèles de *Common law*. Ainsi, le législateur n'a pas modifié les

(20) J.C. Galloux, La transposition de la directive sur le secret d'affaires, RTD com, juill.-sept. 2018.

(21) T. d'Ales et O. Siscic, Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, J.-Cl. comm., et J. Garinot, Secret des affaires, la loi ne chasse pas le contrat, AJ Contrat, oct. 2018.

(22) J. Garinot, Secret des affaires, la loi ne chasse pas le contrat, AJ Contrat, oct. 2018.

(23) T. Aplin, A Critical Evaluation of the EU Trade Secrets Directive, IP quaterly 2014, n° 44, p. 262.

(24) Prop. Dir. PE Cons., 28 nov. 2013, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(25) C. comm., art. L. 151-4 à L. 151-6.

(26) C. comm., art. L. 152-1.

(27) C. comm., art. L. 152-2.

(28) C. comm., art. L. 152-3.

(29) C. comm., art. L. 152-4.

(30) Dir. n° 2016/943, 8 juin 2016, cons. 26

(31) Dir. n° 2016/943, 8 juin 2016, cons. 19.

(32) J. Mignard, Convention judiciaire d'intérêt public, une confiance à bâtir, Rev. juristes Sciences Po n° 16, janv. 2019, 11.

(33) C. Ghrénassia, La convention judiciaire d'intérêt public en attendant la transaction pénale, RLDA 2017/125, n° 6191.

termes du débat en matière de *discovery*[34]. De même, le législateur n'a prévu ni dommages intérêts punitifs ni sanctions pénales[35]. L'article visant à créer une infraction de détournement d'une information économique protégée a été supprimé au cours des débats parlementaires. C'est qu'en l'état le caractère compréhensif, pour ne pas dire imprécis, de l'information protégée apparaît incompatible avec le principe de légalité de légalité des délits et des peines.

B. – Le droit à l'information protégé

La directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 a prévu des dérogations à la protection du secret des affaires, lesquelles ont été reprises en substance par les dispositions de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018.

Ainsi, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : « *1° Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »[36].

La directive a expressément prévu qu'il était essentiel que l'exercice de la liberté d'expression et d'information ne soit pas restreint par la protection du secret des affaires de manière à ce que soient préservés le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes[37].

Le secret n'est pas non plus opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : « *2° pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* »[38].

La protection de la liberté d'expression et des lanceurs d'alerte a été réaffirmée au cours des débats parlementaires. La Garde des Sceaux a ainsi précisé devant le Sénat qu'« *en cas de révélation d'un secret des affaires, journalistes et lanceurs d'alerte pourront toujours se prévaloir d'avoir agi dans le cadre de l'exercice légitime de leur liberté d'expression et d'information* »[39].

Afin de répondre aux inquiétudes des journalistes et des lanceurs d'alerte, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 a également introduit des sanctions en cas de procédure dilatoire ou abusive sur le fondement du secret des affaires. Le montant de l'amende civile ne peut toutefois être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts et en leur absence, il ne peut excéder 60 000 euros[40]. Mais ces sanctions, destinées à décourager les procédures dites « *baillons* »[41], sont faibles au regard des ressources des entreprises, en particulier transnationales.

Trois critiques principales ont été faites à ce système. Le premier grief est de méthode, il tient à l'inversion des valeurs que semble opérer la loi. Le principe y apparaît moins le respect de la liberté d'expression dans les limites de la protection du secret des affaires que l'inverse[42].

Les modalités de protection des lanceurs d'alerte ont également été critiquées en ce qui concerne des révélations portant sur des faits qui ne seraient pas en eux-mêmes illicites. Il n'est en effet pas certain que des révélations portant sur des agissements contraires à l'éthique soient protégées[43].

La dernière critique tient à ce que la loi apparaît subordonner la protection des lanceurs d'alerte à la preuve que leurs révélations aient eu pour objectif la protection de l'intérêt général. Cette exigence revient à ajouter une condition au bénéfice de la protection du lanceur d'alerte prévue par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016[44]. La bonne foi suffit-elle encore pour identifier le lanceur d'alerte digne de protection ou faut-il encore que l'alerte, en elle-même, poursuive un objectif d'intérêt général ? Cette question est d'autant plus sensible que l'intérêt général n'est pas un concept juridique précisément défini.

II. – Intérêt général

A. – L'intérêt général au service des affaires

L'exercice de la liberté d'informer ou du droit alerte est susceptible d'entrer en conflit avec la protection du secret des affaires. Une mise en balance des intérêts en présence s'imposera au juge.

Concernant les limites de la liberté de la presse, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que : « *La presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique : si elle ne doit pas franchir certaines limites tenant notamment à*

(34) S. Pierre-Maurice, Mesures provisoires et secret des affaires, D. 2019 p. 390.

(35) M. Danis, T. Lautier, Une nouvelle ère pour le secret des affaires, JCP E, 21 janv. 2019.

(36) C. comm., art. L. 151-8 1°.

(37) Dir. n° 2016/943, 8 juin 2016, cons. 19.

(38) C. comm., art. L. 151-8 2°.

(39) Compte rendu intégral, séance du 21 juin 2018.

(40) C. comm., art. L. 152-8.

(41) T. Rakotoarison, Loi sur la protection du secret des affaires : la fin de la liberté d'informer n'aura pas lieu, AJ Contrat.

(42) A. Robin, Secret d'affaires et liberté d'expression : l'exercice d'équilibrisme de la directive, RLDC 2017/144, n° 6271.

(43) S. Schiller, La protection du secret des affaires fait son entrée dans le code du commerce, JCP G n° 36, 3 sept. 2018.

(44) F. Gisell, La directive sur le secret des affaires adoptée par le Parlement européen, 3 mai 2016.

la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général »[45].

Il ressort de la jurisprudence relative à la conciliation entre liberté d'expression et vie privée que la première prime lorsque la publication litigieuse contribue à un débat d'intérêt général.

La CEDH considère « *qu'ont trait à un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement* (...), *notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité (Bartholdc. Allemagne, 25 mars 1985, § 58, série A no 90). Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important* (...), *ou encore qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé* (...) »[46].

La CEDH a notamment retenu que la publication dans un article de presse des avis d'imposition du dirigeant d'une des principales firmes automobiles françaises, en proie à un conflit social, contribuait à un débat public relatif à une question d'intérêt général, notamment en ce que les salariés revendiquaient des augmentations de salaires que la direction refusait. La condamnation des journalistes par les juridictions françaises pour recel de violation du secret professionnel constituait donc une violation de l'article 10 de la Convention[47].

Dans la mesure où l'intérêt général ne fait pas l'objet d'une définition précise et arrêtée en droit interne ses composantes sont éminemment politiques et variables. Il peut donc être considéré que l'intérêt particulier de l'entreprise participe de l'intérêt général notamment en ce que la prospérité de cette dernière constitue un moyen de lutter contre le chômage[48].

La jurisprudence relative à la confidentialité des procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation prévues à l'article L. 611-15 du code de commerce[49] laisse entrevoir que les intérêts économiques de l'entreprise constituent des intérêts légitimes de nature à justifier des restrictions à la liberté d'expression.

Cette obligation de confidentialité a été étendue aux organes de presse par la Cour de cassation, laquelle considère que : « *le caractère confidentiel des procédures de mandat ad hoc et de conciliation, imposé pour protéger les droits et libertés des entreprises y recourant, fait obstacle à la diffusion d'informations confidentielles les concernant, à moins qu'elle ne contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général* »[50].

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité des dispositions de l'article L. 611-15 du code de commerce, telles qu'interprétées par la jurisprudence, à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 34 de la Constitution, la chambre commerciale a dit n'y avoir lieu à transmission au Conseil constitutionnel en ce que la restriction portée à la liberté d'information se justifiait par la nécessaire protection due aux entreprises engagées dans un processus de négociation avec leurs créanciers. La divulgation d'informations couvertes par l'article L. 611-15 du code de commerce étant en effet de nature à compromettre le succès du processus en cours, voire la pérennité de l'entreprise[51].

Une société placée sous mandat *ad hoc* a récemment obtenu le retrait d'un article faisant état de l'ouverture de ladite procédure en ce que la publication litigieuse ne portait pas sur un sujet d'intérêt général. Opérant un contrôle de proportionnalité, la cour d'appel de Paris a retenu que l'obligation de confidentialité des mesures de mandat *ad hoc* et de conciliation apporte « *une restriction manifestement proportionnée aux droits à la liberté d'expression et à la liberté d'information en ce qu'elle vise à protéger les intérêts de l'entreprise, soit de ceux qui la détiennent comme de ceux qu'elle emploie et plus largement de ceux avec lesquels elle est en relation d'affaires, et à assurer ainsi l'effet utile de cet article tout en préservant ces libertés et en assurant leur primauté lorsque l'information porte sur un sujet d'intérêt général* [52] ».

La restriction apportée à la liberté d'expression se trouve ainsi justifiée par la participation de l'entreprise à un intérêt général économique et social[53].

Dans une affaire similaire, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui s'est attachée à examiner le contenu des articles litigieux pour déterminer si, au-delà de l'affirmation de principe selon laquelle les difficultés d'un grand groupe industriel relevaient d'un débat d'intérêt général au regard des répercussions économiques et sociales que

(45) CEDH, 24 févr. 1997, aff. 19983/92, De Haes et Gijsels c/ Belgique.

(46) CEDH, 10 nov. 2015, aff. 40454/07, Couderc et Hacette Filipacchi associés c/ France.

(47) CEDH, 21 janv 1999, aff. 29183/95, Fressoz et Roire c/ France.

(48) G. Merland, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ 2004.

(49) L'article L. 611-15 du code de commerce dispose : « *Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité* ».

(50) Cass. comm., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, publié au Bulletin.

(51) Cass. comm., 4 oct. 2018, n° 18-10.688.

(52) CA Paris, 7 févr 2019, n° 18/20566.

(53) T. Stefania, La conformité de l'article L. 611-15 du code de commerce au regard des articles 11 et de la DDHC et 34 de la Constitution, JCP E, n° 6, 7 févr. 2019.

ces difficultés pouvaient entraîner, le contenu des articles n'avait pas contribué à nourrir ce débat[54].

L'ensemble de ces jurisprudences a ouvert une brèche quant à la justification des restrictions apportées à la liberté d'expression par la préservation des intérêts économiques de l'entreprise. Cette brèche a été approfondie en matière de lanceur d'alerte, dans un volet connexe de *LuxLeaks*, où un juge civil a autorisé une entreprise à fouiller le domicile d'un de ses salariés suspecté d'être la source d'un journaliste[55].

Si un tel équilibre devait être retenu par les juridictions en matière de secret des affaires, le champ des garanties publiques prévues par l'article L. 51-8 du code de commerce risque, malgré les déclarations du Garde des Sceaux et les engagements du législateur, de se restreindre dans l'intérêt des entreprises.

B. – Les affaires au service de l'intérêt général

La création de nouveaux droits permettant aux entreprises de mieux défendre leurs intérêts économiques devrait avoir pour corollaire la création de nouvelles obligations à leur endroit. L'exigence de transparence qui se limitait autrefois à la vie politique leur incombe également[56]. Elle se traduit notamment par l'importance des informations que les entreprises doivent publier (chiffre d'affaires, bénéfices, *reporting* extra-financier).

Du reste, l'inscription de l'entreprise dans une démarche vertueuse lui permet d'être actrice de sa propre régulation, elle devient de ce fait « *partie prenante de la construction continue du bien commun* »[57].

C'est un des aspects de la conformité : favoriser une démarche volontaire des entreprises qui les engage à plus de précaution, de vigilance et de responsabilité et ne cesse de les engager. Dans ce contexte, la question du secret se déplace au sein même de l'entreprise. En particulier, en cas d'alerte, la loi dite *Sapin II*, protège le lanceur d'alerte mais ne prévoit pas de protection particulière et suffisante, à ce stade et à nos yeux, pour ceux qui doivent traiter l'alerte.

Dans ce contexte, la protection des avis et opinions des juristes d'entreprise au titre du secret des affaires apparait, à certains, utile au déploiement d'un programme de conformité[58]. C'est pourquoi, le récent rapport du député R. Gauvain prévoit d'étendre aux juristes d'entreprises le privilège du secret professionnel aujourd'hui réservé aux avocats.

La réflexion concernant la relation entre l'entreprise et l'intérêt général est également au cœur du rapport *Notat-Senard* qui préconise une nouvelle rédaction de la définition d'entreprise dans le Code civil afin d'y inclure la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Cette recommandation a été intégrée au projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises[59]. L'article 1833 du code civil prévoit actuellement que : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». Le projet de loi, adopté par l'Assemblée en nouvelle lecture, propose d'y ajouter l'alinéa suivant : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

Cette évolution est remarquable, elle interpelle le citoyen, engage l'entrepreneur et inquiète l'avocat à plusieurs égards. C'est qu'en premier lieu, le profit demeure la raison d'être de l'entreprise, de telle sorte que l'assimilation de l'intérêt général à la somme ou au commun dénominateur des intérêts économiques ne va pas de soi.

En deuxième lieu, les législateurs semblent entendre la protection du secret des affaires comme une contrepartie à la responsabilité sociale des entreprises. Et cette responsabilité comme un engagement de l'entreprise en faveur d'une certaine police des comportements au sein des entreprises. Cette multiplication des lieux d'alerte, de dénonciation et de conformité n'est pas nécessairement le gage d'une plus grande liberté, ni même d'un plus grand bonheur des individus. Elle suppose à tout le moins des équilibres entre la direction et les salariés et des programmes soucieux du développement des individus qui participent de la vie de l'entreprise. En ce sens, la protection du droit à l'information des salariés ou de leurs représentants prévue à l'article L. 1-9 du code du commerce est nécessaire.

En dernier lieu, l'entreprise responsable socialement manque encore d'une justice interne équitable. Dans ce cadre, étendre le secret professionnel à l'entreprise, c'est courir, à l'évidence, le risque de diluer, partout et de manière irréversible, cette garantie fondamentale. Or, le juriste à la différence de l'avocat n'a pas d'indépendance. Et le secret professionnel, à la différence du secret des affaires, est général, illimité, absolu ou n'est pas. Aussi vrai que la vertu n'appartient pas à ses prêtres, l'entreprise vertueuse n'appartient pas à ses dirigeants.

(54) Cass. comm., 13 févr. 2019, n° 17-18.049.

(55) TGI Metz, 1re ch. civ., réf., 6 févr. 2018, Edouard Perrin c/ PricewaterhouseCoopers.

(56) B. Delaunay, La transparence de la vie économique, Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 1er avril 2018, n° 59, p. 23.

(57) S. Schiller S., et M. Mossé, Secret des affaires et juristes d'entreprises, JCP E n° 35, 1er sept. 2016.

(58) *Idem*.

(59) L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'économie et des Finances et du Travail, 9 mars 2018.