2018-768 DC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 27 juin 2018

SÉNAT

Paris, le 26 Juin 2018

Les Sénateurs soussignés

à

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier

75001 PARIS

GROUPE SOCIALISTE

LE PRESIDENT

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi relative à la protection du secret des affaires.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

Patrick KANNER

15, RUE DE VAUGIRARD – 75291 PARIS CEDEX 06 - TELEPHONE : 01 42 34 23 19 - TELECOPIE : 01 42 34 43 04

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres
du Conseil constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 PARIS

Paris, le 26 juin 2018

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à la protection du secret des affaires, telle qu'elle a été adoptée par l'Assemblée nationale le 14 juin 2018 et par le Sénat le 21 juin 2018.

1. Cette loi, composée de quatre articles et adoptée pour la transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, est contraire à la Constitution.

Elle est issue d'une proposition de loi qui a fait l'objet d'une demande d'avis du Conseil d'État, selon la procédure prévue à l'article 39, alinéa 5 de la Constitution. Cet avis (*n° 394422 du 15 mars 2018*) est éclairant et n'a pas été suivi sur tous les points par le législateur.

2. S'agissant d'une loi de transposition d'une directive de l'Union européenne, nous n'ignorons pas votre jurisprudence en la matière et savons que votre marge de manœuvre est limitée. En effet, depuis 2004 (*décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Rec. p. 101*) et 2006 (*décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec. p. 88*), vous admettez qu'une telle transposition constitue une obligation constitutionnelle, issue de l'article 88-1 de la Constitution. Vous avez d'ailleurs récemment étendu cette jurisprudence à une loi qui adapte en droit interne un règlement de l'Union

européenne (*décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, Loi relative à la protection des données personnelles*).

Cela vous conduit à veiller au respect de cette exigence constitutionnelle et de vous assurer qu'une loi de transposition d'une directive effectue une transposition correcte de cette dernière, sous réserve toutefois d'une double limite.

D'une part, une telle loi ne saurait « *aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* » et, d'autre part, devant statuer dans des délais constitutionnels, vous ne pouvez « *déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* » (*décision n° 2018-765 DC précitée*). Vous n'omettez alors jamais de rappeler qu'il appartient, le cas échéant, « *aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel* » (*ibidem*).

Il ne sera pas inutile de faire une nouvelle fois ce rappel en l'espèce car nous pensons que, si la loi de transposition est contraire à certaines règles constitutionnelles françaises, la directive qu'elle transpose heurte des principes garantis par le droit de l'Union.

3. Réduite, votre marge de manœuvre n'est pas pour autant inexistante. En effet, vous avez déjà censuré une disposition législative manifestement contraire à une disposition d'une directive (*décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec. p. 120*). De même, vous avez plusieurs fois censuré pour incompétence négative et violation de l'article 34 de la Constitution une disposition législative qui, reprenant strictement les termes d'un règlement du droit l'Union qu'elle adaptait, ne prévoyait pas les mesures qui relevaient de la loi (*décision n° 2018-765 DC précitée, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, Rec. p. 313*).

Nous pensons que vous pourrez procéder de même à l'égard de la loi que nous vous déférons. En effet, elle porte atteinte à plusieurs règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (I), tout en effectuant une transposition insuffisante de la directive (UE) 2016/943 rendant certaines de ses dispositions manifestement incompatibles avec cette dernière (II).

I. Atteintes à l'identité constitutionnelle de la France

4. À la condition que le constituant n'y ait pas consenti, l'atteinte par une loi de transposition d'une directive de l'Union à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France est l'une des deux causes vous permettant de censurer l'une

de ses dispositions. Avant de démontrer que tel est le cas en l'espèce (B), on rappellera ce que recouvre cette formulation que vous retenez (A).

A) *Cerner l'identité constitutionnelle de la France*

5. Votre jurisprudence sur la transposition des directives (et, désormais, l'adaptation des règlements) est issue de votre décision « *Économie numérique* » (*n° 2004-496 DC précitée*), immédiatement confirmée par une décision du 1er juillet 2004 (*n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, Rec. p. 107*), puis par la décision « *Bioéthique* » (*n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, Rec. p. 122*). Vous reteniez alors une formulation différente, en considérant que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle* ***qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution*** ».

Aucune de vos décisions n'a donné de définition précise de ce qu'est une telle « *disposition expresse* ». Vous avez néanmoins pris le soin de préciser, dans le commentaire de la décision « *Bioéthique* », que cela ne concernait pas le seul dispositif de la Constitution, mais concernait également son préambule, voire les principes non-écrits auxquels il renvoie.

Ainsi, « *les seules normes constitutionnelles opposables à la transposition d'une directive communautaire sont les dispositions expresses de la Constitution française* ***et propres à cette dernière*** »[1].

6. Ce n'est qu'à compter de la décision « *DADVI* » de 2006 (*décision n° 2006-540 DC, précitée*) que vous avez retenu la formulation aujourd'hui utilisée d'une « *règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ». Pour autant, pas davantage que pour la « *disposition expresse* », vous n'avez pas encore donné de définition précise de cette « *identité constitutionnelle* ».

Il semble toutefois que cette nouvelle formulation ne fasse que prolonger la formulation précédente et ce qu'elle recouvrait, pour simplement la préciser et faire écho à la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, dans votre commentaire de la décision « *DADVI* », vous veillez à préciser que « *l'identité constitutionnelle de la France [renvoie] à des règles* ***inhérentes à notre ordre constitutionnel****, notion dont la jurisprudence de l'été 2004 [...] rendait compte par l'expression " dispositions expresses de la Constitution " ou " **dispositions spécifiques de la Constitution** " *»[2].

---

[1] « Commentaire de la décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17 (mars 2005).

[2] « Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21 (janvier 2007).

Vous l'avez encore confirmé dans le commentaire de la très récente décision « *RGPD* » (*n° 2018-765 DC, précitée*). Après avoir expliqué comment et pourquoi vous avez étendu votre jurisprudence en matière de directive aux règlements de l'Union européenne, vous soulignez que cette décision « *s'inscrit dans la même logique que la jurisprudence de 2004 et 2006. Dans une optique de sécurité juridique et de cohérence entre les systèmes juridictionnels, elle vise à éviter que plusieurs juges aient à exercer des contrôles concurrents tout en garantissant la protection par le juge constitutionnel* ***de certaines normes spécifiques à l'ordre juridique français*** » (*Commentaire de la décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, p. 8*).

On peut donc valablement retenir, au regard de votre jurisprudence, telle qu'éclairée par vos commentaires, qu'une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France est une norme de valeur constitutionnelle, inhérente à notre ordre constitutionnel et qui lui est spécifique.

B) Une atteinte avérée à l'identité constitutionnelle de la France

7. La loi de transposition qui vous est déférée va à l'encontre d'au moins deux règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Il s'agit, d'une part, de la liberté d'expression (a) et, d'autre part, de la liberté de la recherche, telle que garantie par la Charte de l'environnement (b).

a) La liberté d'expression

8. Tant l'article 5, a) de la directive (UE) 2016/943 que l'article 1er, alinéa 30 de la loi que nous vous déférons préservent expressément la liberté d'expression. Elle est elle-même garantie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*article 11*), à laquelle il est fait directement référence dans l'un et l'autre de ces deux articles. De même, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 préserve cette liberté d'expression.

Néanmoins, la garantie constitutionnelle dont bénéficie la liberté d'expression est inhérente à l'identité constitutionnelle de la France, pour deux raisons.

9. Historiquement, elle constitue l'identité même du courant des Lumières, qui s'est principalement développé en France au XVIIIe siècle permettant de préparer la pensée philosophique de la Révolution de 1789.

« Sapere Aude ! *Aie le courage de te servir de ton propre entendement ! Telle est la devise des Lumières* » nous disait Emmanuel Kant lorsqu'il répondait à la question, en 1784, « *Qu'est-ce que les Lumières ?* ». Avant de préciser que « *pour répandre les Lumières, il n'est*

besoin de rien d'autre que de la liberté *; de fait, de sa plus inoffensive manifestation, à savoir l'usage* public *de sa raison et ce, dans tous les domaines. [...] J'entends par " usage public de notre raison " celui que l'on fait comme* savant *devant le public* qui lit. *[...] Le citoyen n'ira pas à l'encontre de son devoir s'il expose publiquement, comme* savant, *ses réflexions sur le caractère inconvenant, voire injuste de telle ou telle imposition* ».

C'est ce qui a conduit les Révolutionnaires de 1789, lorsqu'ils rédigèrent la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, à qualifier « *la libre communication des pensées et des opinions* » comme l'un « *des* ***droits les plus précieux de l'homme*** » (*article 11*).

10. À cette raison historique s'ajoute une raison proprement juridique. S'il est incontestable que la libre communication des pensées et des opinions de l'article 11 de la Déclaration française de 1789 trouve son pendant dans la liberté d'expression de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux, l'identité de la numérotation n'emporte pas identité des garanties qui en découlent.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne retient que le « *droit fondamental [de liberté d'expression], garanti à l'article 11 de la Charte, constitue* ***l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste****, faisant partie des valeurs sur lesquelles est, conformément à l'article 2 TUE, fondée l'Union* » (*arrêt du 21 décembre 2016 (grande Chambre), aff. C-203/15 et C-698/15, Tele2 Sverige AB contre Postoch telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department contre Tom Watson e.a.*).

Quant à vous, selon une jurisprudence établie, vous considérez « *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*** » (*décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans], Rec. p. 244*).

La nuance est fine, mais elle est essentielle.

Dans un cas, il s'agit d'un fondement, parmi d'autres, d'une société démocratique. On pourrait imaginer que s'il lui était porté atteinte, sans qu'il soit pleinement remis en cause, les autres fondements permettraient à cette société démocratique de ne pas vaciller pour autant.

Dans l'autre cas, il s'agit d'une condition de la démocratie, laquelle ne pourrait donc pas exister sans liberté d'expression pleinement garantie. D'autant plus que dans ce cas, qui résulte bien de votre jurisprudence, la liberté d'expression constitue un principe générique, en ce qu'il permet la garantie « *du respect des autres droits et libertés* ».

La garantie constitutionnelle française de la liberté d'expression est donc bien inhérente à l'identité constitutionnelle de la France, en ce qu'elle découle de son histoire, qu'elle est profondément attachée à son ordre constitutionnel et qu'elle lui est spécifique.

11. Or, en l'espèce, par une atteinte à la liberté d'expression, ce sont les libertés de la presse et de l'information qui se voient également restreintes. C'est ce qui risque de nuire gravement au pluralisme, pourtant nécessaire à une démocratie.

En effet, l'article 1er, alinéa 29 de la loi qui vous est déférée introduit un nouvel article 151-8 dans le code de commerce qui prévoit les exceptions à la protection du secret des affaires. En particulier, ce dernier « *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, à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ».

Pour autant, ce caractère non opposable ne peut être soulevé et invoqué que « ***à l'occasion d'une instance*** *relative à une atteinte au secret des affaires* ». En d'autres termes, cela renvoie principalement à une procédure juridictionnelle.

Ainsi, les journalistes décidant de divulguer un secret des affaires, afin d'exercer et de respecter le droit à l'information de tous, s'exposent nécessairement et directement à une procédure juridictionnelle, avec les risques et les coûts que cela impliquent. Les entreprises de presse, dont la France peut se féliciter du nombre et de la diversité, alimentant le pluralisme médiatique et démocratique, pourraient faire le choix de s'autocensurer, de restreindre leur liberté de la presse et leur liberté d'expression, craignant les conséquences qu'une procédure juridictionnelle pourrait engendrer.

On ne parle pas là des grandes entreprises de presse, quoiqu'elles soient concernées tout autant. Mais l'on pense d'abord à celles, plus petites mais effectuant néanmoins un travail scrupuleux, qui disposent de moyens humains et financiers plus réduits.

À cela s'ajoute l'absence de prise en compte expresse, par la loi de transposition, de la protection spécifique que la directive accorde , en l'alinéa 19 de son Préambule (sur la valeur du Préambule, cf. *infra*, § 16), au « *journalisme d'investigation et [à] la protection des sources des journalistes* ».

Le risque mentionné est d'autant plus grand que la définition retenue par la loi du secret des affaires est plus large que celle envisagée par la directive (cf. *infra*, § 18) et elle s'étend à tous les domaines, sans être restreinte aux seules relations commerciales et concurrentielles.

Vous ne pourrez donc que conclure à l'inconstitutionnalité des termes « *à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires* » figurant dans le nouvel article L. 151-8 du code de commerce et qui oblige à se soumettre à une procédure juridictionnelle pour faire valoir le caractère non opposable du secret des affaires.

À défaut, vous pourrez exprimer *a minima* une réserve d'interprétation, afin de préciser que le droit à la liberté d'expression et de communication mentionné dans le 1° de ce nouvel article est celui issu de l'article 11 de la Déclaration de 1789, tel que garanti par votre jurisprudence.

b) La liberté de la recherche en matière d'environnement

12. Un raisonnement similaire s'applique à l'égard de la liberté de la recherche en matière d'environnement, telle que garantie par l'article 9 de la Charte de l'environnement.

Ce dernier dispose que :

> *« La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement. »*
>
> *Charte de l'environnement, article 9*

Il est vrai que la Charte de l'environnement fut intégrée dans la Constitution par une révision constitutionnelle du 1er mars 2005. Elle ne bénéficie donc pas de la même ancienneté que la Déclaration de 1789 et la liberté de la recherche environnementale ne saurait se prévaloir de l'ancrage historique et philosophique dont bénéficie la liberté d'expression.

Mais on ne saurait pas davantage faire de hiérarchisation entre les droits et libertés constitutionnellement garantis. Une liberté, même récemment constitutionnalisée, peut relever de l'identité constitutionnelle de la France, pourvu qu'elle soit spécifique à l'ordre constitutionnel français.

13. Tel est le cas en l'espèce.

Le droit de l'Union européenne et, en particulier la Charte des droits fondamentaux, reconnaissent effectivement la liberté des arts et des sciences en garantissant que *« les arts et la recherche scientifique sont libres »* (*article 13*).

Mais cela est plus général que la garantie spécifique accordée par l'article 9 de la Charte de l'environnement à la recherche et l'innovation en matière de préservation et de mise en valeur de l'environnement. Par sa spécificité, cette garantie offre une préservation plus forte et plus précise en France que celle qui peut lui être accordée en droit de l'Union européenne et, par conséquent, en fait une règle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France.

Or, en premier lieu, la loi qui vous est déférée ne prévoit, dans aucune de ses dispositions, que la recherche et l'innovation peuvent constituer un motif licite de divulgation d'un secret des affaires. Il faudrait alors au moins préciser que la liberté d'expression couvre également la liberté de la recherche, ce que vous avez déjà reconnu en 1994 (*décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française, Rec. p. 106*).

Mais alors, en deuxième lieu, il vous faudra aussi conclure que limiter la faculté de se prévaloir du caractère non opposable du secret des affaires qu'au cours d'une instance porte

atteinte à cette liberté de la recherche. En effet, à l'instar des entreprises de presse (cf. *supra*, § 11), les chercheurs pourraient craindre d'être impliqués dans une procédure juridictionnelle, laquelle pourrait également avoir un effet dévastateur sur leur réputation et leur carrière. Ce serait manifestement disproportionné alors qu'ils ne font qu'exercer leur métier.

C'est pourquoi, en troisième lieu, la réserve que vous pourriez formuler à l'égard de la liberté d'expression en matière de respect de la liberté de la recherche, spécifiquement en matière environnementale car il s'agit d'une règle constitutionnelle spécifique à la France et donc inhérente à son identité constitutionnelle, doit concerner directement le nouvel article L. 151-1 du code de commerce, tel qu'introduit par l'article 1er, alinéas 8 et suivants de la loi qui vous est déférée et qui définit l'information protégée.

Mais vous pourriez également conclure à l'inconstitutionnalité de ce nouvel article L. 151-1, pour ce même motif d'une violation d'une règle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France, d'autant plus qu'il fait l'objet d'une transposition incomplète.

II. UNE TRANSPOSITION INCOMPLÈTE

14. L'obligation constitutionnelle de transposition des directives, issue de l'article 88-1 de la Constitution, emporte l'obligation d'en opérer une transposition exacte. Par conséquent, une loi qui transposerait une directive de façon imprécise ou incomplète encourrait une censure de votre part pour ce motif, à la condition que ce qui ne figure pas dans la loi doive effectivement y être inscrit et ne relève donc pas du pouvoir règlementaire.

Tel est le cas de la loi que nous vous déférons, concernant la définition même du secret des affaires (A) et les exceptions à la protection du secret des affaires (B).

A) Définition insuffisante du secret des affaires

15. Avant d'examiner en quoi la définition du secret des affaires prévue par la loi est insuffisante au regard des exigences de la directive (b), il convient de faire un rappel quant à la valeur de son Préambule (a).

a) La valeur explicative du Préambule d'une directive

16. Conformément à une obligation générale de motivation des actes de l'Union, les directives contiennent un Préambule, justifiant l'intervention de l'Union européenne. Ce

Préambule contient des éclaircissements importants quant à l'origine, l'objectif et le sens de la directive considérée.

Il a pleine valeur normative en ce que la Cour de justice s'y réfère systématiquement pour éclaircir une disposition de la directive elle-même. Elle l'a fait dans de nombreuses affaires, y compris celle où était invoquée la liberté d'expression et précédemment mentionnée (*arrêt du 21 décembre 2016, précité, §§ 77, 82 et 83*) : « *comme* ***le confirme le considérant 21 de cette directive [2002/58]****, celle-ci vise à empêcher " tout accès " non autorisé aux communications, y compris à " toute donnée afférente à ces communications ", afin de protéger la confidentialité des communications électroniques* » (*cf. également arrêt du 7 avril 2016, aff. C-324-14, Partner Apelski Dariusz, §§ 72, 73, 90 et 93*).

Par conséquent, si une loi de transposition doit essentiellement tenir compte des dispositions mêmes d'une directive (c'est-à-dire les articles de son dispositif), elle ne saurait totalement oublier les alinéas du Préambule qui les éclairent. Or tel est le cas en l'espèce.

b) La définition trop étendue du secret des affaires

17. Le secret des affaires qui fait l'objet d'une protection est défini par l'article 2 de la directive (UE) 2016/943. Les nouveaux articles L. 151-1 et L. 151-2 du code de commerce, introduit par l'article 1er, alinéas 8 et suivants de la loi déférée, se bornent à en tirer les conséquences inconditionnelles et imprécises.

Néanmoins, la définition retenue par l'article 2 de la directive est éclairée par son Préambule et, en particulier, par ses alinéas 5 et 6. En effet, cette directive a été adoptée afin de pallier les « *importantes différences entre les législations des États membres en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers* » (*directive (UE) 2016/943, consid. 6*), en dépit de l'adoption et la ratification par l'ensemble des États membres de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord ADPIC).

C'est donc cet accord ADPIC qui constitue le fondement même de la directive, en ce qu'il contient, « *entre autres, des dispositions relatives à la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers* » (*directive (UE) 2016/943, consid. 5*).

Or en vertu de l'article 39 de cet accord, la protection du secret des affaires n'a vocation à s'appliquer qu'afin d'assurer « *une protection effective contre la concurrence déloyale* » (*Accord ADPIC, article 39, § 1*).

18. Si l'article 2 de la directive ne reprend pas exactement cette limitation à la concurrence déloyale, l'éclaircissement apporté par les alinéas 5 et 6 du préambule de ladite directive, confirmé par son alinéa 9, permet de circonscrire la définition proposée par son article 2.

À l'inverse, la loi de transposition ne le fait nullement, retenant dès lors une définition trop large du secret des affaires, susceptible de porter atteinte, notamment, à la liberté d'expression en ce que toute information interne d'une entreprise pourra ainsi être protégée.

À moins de vous contenter d'une réserve d'interprétation permettant d'inclure cet élément définitionnel, il n'y a pas d'autre choix que de censurer l'article L. 151-1 du code de commerce, tel qu'il résulte de la loi qui vous est déférée. Posant la définition même du secret des affaires, objet de la présente loi, il est inséparable des autres articles et, sur le fondement de cette seule censure, c'est bien l'ensemble de la loi qui encourt votre annulation.

B) Les exceptions à la protection du secret des affaires

19. La directive et, par voie de conséquence, la loi prévoient des dérogations à la protection du secret des affaires. Si, là encore, la loi paraît se borner à tirer les conséquences directes de dispositions inconditionnelles et précises de la directive, il y a au moins deux aspects où la transposition est manifestement incomplète et contraire à ladite directive. Il s'agit de la protection des salariés (a) et de la préservation de l'ordre public (b).

a) La protection des salariés

20. La directive apporte une protection spécifique aux travailleurs et à leurs représentants, en retenant que l'exercice de leur droit à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales, constitue une obtention d'un secret d'affaires considérée comme licite (*article 3, § 1, c) de la directive*).

La loi prévoit également une protection spécifique des salariés. Toutefois, elle n'est pas aussi étendue que celle de la directive. Le Conseil d'État avait d'ailleurs pris soin de le relever (*avis précité, § 17*), mais le législateur n'a pas cru bon de le suivre sur ce point.

D'une part, en vertu du nouvel article L. 151-9 du code de commerce, introduit par les alinéas 33 et suivants de l'article 1er de la loi que nous vous déférons, cette protection à l'égard des salariés se traduit seulement par un secret qui ne leur serait pas opposable au cours d'une instance, non à en rendre la divulgation licite.

Au contraire, l'article 3, § 1 de la directive prévoit expressément que « ***l'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme licite*** *lorsque le secret d'affaires est obtenu par l'un ou l'autre des moyens suivants : [...] c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales* ».

Les portées des deux articles sont donc clairement différentes.

Dans le cas de la directive, le secret est licite et c'est éventuellement à la personne qui se sent lésée de prouver que la divulgation a été illicite. Dans le cas de la loi de transposition française, le secret est illicite, mais c'est à la personne attaquée en justice – et, potentiellement, en position de faiblesse s'il s'agit d'un salarié face à son entreprise – de prouver que le secret ne lui est pas opposable.

21. D'autre part, ce même nouvel article L. 151-9 du code de commerce protège « ***l'obtention du secret des affaires*** *[...] intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés et de leurs représentants* », ainsi que « ***la divulgation du secret des affaires*** *par des salariés à leurs représentants [...] intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions* ».

Ainsi, rien n'est dit quant à **l'utilisation** du secret des affaires dans ces cadres, alors qu'elle est tout autant protégée par la directive, aux articles 3 et 5.

Si l'article 1er de la directive permet aux États membres de « *prévoir une protection des secrets d'affaires [...] plus étendue que celle qui est requise par la présente directive* », il exclut expressément les articles 3 et 5 de ces dérogations possibles.

Pour ces deux raisons, vous ne pourrez que constater l'incompatibilité manifeste et même expresse entre la directive et la loi qui la transpose pour prononcer la censure de ces dispositions.

b) La préservation de l'ordre public

22. Parmi les exceptions à la protection du secret des affaires, la directive et, par voie de conséquence, la loi qui la transpose, prévoient le cas d'une divulgation d'un secret « *pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national* » (*nouvel article L. 151-8, 3° du code de commerce, introduit par l'article 1er, alinéa 32 de la loi déférée, transposant l'article 5, d) de la directive*).

Là encore, la loi paraît tirer les conséquences directes de dispositions inconditionnelles et précises de la directive. Mais là encore, c'est oublier la valeur essentiellement éclairante du préambule.

En effet, l'alinéa 21 de ce dernier précise que « *la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement* » ne sauraient être remis en cause par la protection du secret des affaires. C'est ainsi qu'il convient d'entendre la notion « *d'intérêt légitime* ».

D'ailleurs, au stade du dépôt de la proposition de loi initiale, ce même 3° précisait expressément que cette notion d'un intérêt légitime recouvrait « *notamment la protection*

de l'ordre publique, de la sécurité publique et de la santé publique », autant de notions plus conformes aux formulations du droit français.

Le Conseil d'État avait alors souligné qu'en procédant ainsi, la proposition de loi opérait une parfaite transposition de la directive (*avis précité, § 18*). *A contrario*, en supprimant la précision et le renvoi à l'ordre public, au stade de la première lecture au Sénat, la transposition de la directive devient imprécise et incomplète.

Elle encourt alors une censure de votre part ou, à défaut et *a minima*, une réserve d'interprétation permettant de préciser ce qui a été retiré.

23. Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, les requérants vous invitent à censurer les dispositions contestées de la loi relative à la protection du secret des affaires ou, à défaut, à exprimer les réserves d'interprétation qui s'imposent.

Nous vous prions, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitutionnel, d'agréer l'expression de notre haute considération.