



Le secret des affaires dans la commande publique

Prévention – Protection – Sanctions – Réparation

Benoît Neveu

Secret des stratégies
Secret des procédés
Responsabilité
Défense nationale
Protection pénale
Principe de confidentialité
Référé secret des affaires
Protections contractuelles
Accès aux documents administratifs
Secret des informations
économiques et financières
Vie privée
Protections juridictionnelles

EDITIONS

LE MONITEUR

Sommaire

	Avant-propos.....	7
PARTIE 1	Vues générales sur le secret des affaires.....	9
CHAPITRE 1	Le(s) secret(s) des affaires : notion et enjeux	11
CHAPITRE 2	Confidentialité et secret des affaires	33
CHAPITRE 3	Transparence et secret des affaires	43
PARTIE 2	Le secret des affaires au stade précontractuel.....	71
CHAPITRE 4	Le secret des affaires et la mise en concurrence	73
CHAPITRE 5	Le secret des affaires et le contentieux précontractuel.....	87
PARTIE 3	Le secret des affaires au stade contractuel	97
CHAPITRE 6	Le secret des affaires et l'exécution des contrats.....	99
CHAPITRE 7	Le secret des affaires et le contrôle de l'exécution des contrats	105
PARTIE 4	La protection juridictionnelle du secret des affaires.....	115
CHAPITRE 8	La prévention des atteintes au secret des affaires.....	117
CHAPITRE 9	La réparation des atteintes au secret des affaires.....	129
CHAPITRE 10	La répression des atteintes au secret des affaires.....	145

PARTIE 5	Annexes	161
ANNEXE A1	Modèle d'accord de confidentialité	163
ANNEXE A2	Modèle d'engagement individuel de confidentialité	169
ANNEXE A3	Recueil des principales jurisprudences relatives au secret des affaires dans la commande publique (classement par ordre chronologique)	173
	Index.....	251
	Table des matières.....	255

Le(s) secret(s) des affaires : notion et enjeux

Le droit positif a tardé à véritablement se saisir de la notion de secret des affaires. Mais alors que le développement des technologies de l'information et de la communication rendait les entreprises de plus en plus vulnérables face à l'espionnage économique et la concurrence déloyale, il s'est avéré nécessaire de fournir aux entreprises un dispositif juridique suffisamment précis et efficace pour protéger leurs informations confidentielles. En France, c'est tout l'objet de l'évolution législative récente qui, au terme d'un long processus initié par le droit international et influencé par le droit comparé, a institué un régime général de protection du secret des affaires. Ce régime repose avant tout sur la définition même du secret des affaires afin de mieux en délimiter les contours, de caractériser les informations susceptibles d'en relever, et de distinguer ce secret d'autres notions voisines qui pouvaient jusqu'alors se confondre.

1.1 Sources

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires est une loi de transposition : elle vise à intégrer dans le droit national les dispositions de la directive européenne 2016/943 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 illicite.

Mais avant cela plusieurs sources ont inspiré la rédaction de ces textes, à commencer par le droit américain, qui fut l'un des premiers pays à se doter d'un arsenal législatif dédié à la protection du secret des affaires. À plus grande échelle, la protection du secret des affaires a ensuite été l'une des apports de la création de l'Organisation mondiale du commerce, à travers la signature de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« ADPIC »).

Outre ses textes, c'est également dans la pratique des institutions juridictionnelles européennes qu'ont été posées les prémisses du régime général de protection du secret des affaires.

1.1.1 Droit américain

Adopté en 1979 par l'Uniform Law Commission, un organisme œuvrant pour l'harmonisation des législations en vigueur au sein des différents États américains, l'Uniform Trade Secrets Act (« UTSA ») est considéré comme l'un des premiers textes à circonscrire véritablement la notion de secret des affaires (« trade secret »).

Le secret des affaires y est défini comme une « information, c'est-à-dire une formule, modèle, compilation, programme, dispositif, méthode, technique ou processus qui (i) représente une valeur économique, avérée ou potentielle, en raison de son caractère globalement inconnu, et difficilement accessible de manière légitime par d'autres personnes qui pourraient tirer un bénéfice de sa divulgation ou de son utilisation et (ii) qui fait l'objet de mesures de protection appropriées, en fonction des circonstances, destinées à préserver sa confidentialité »⁽¹⁾. Le texte distingue ensuite les moyens licites et illicites d'appropriation du secret. En cas d'atteinte illicite, différentes mesures civiles sont prévues par le texte : des règles de droit processuel pour la prévenir ; des mesures d'injonction pour la faire cesser ; et des dommages et intérêts compensatoires et punitifs pour la réparer.

Compte tenu de l'application variable de ce premier texte au sein des différents États fédérés, le gouvernement fédéral a ensuite adopté une loi sur l'espionnage économique (l'Economic Espionage Act ou « Cohen act ») en 1996. Cette nouvelle loi définit le secret des affaires de manière large, comme « tout type d'information financière, commerciale, scientifique, technique, économique ou industrielle, y compris les modèles, plans, compilations, formules, études, prototypes, méthodes, techniques, procédés, procédures, programmes ou codes, qu'elle soit matérielle ou immatérielle, qu'elle soit ou non stockée, compilée ou mémorisée physiquement, électroniquement, graphiquement, photographiquement ou par écrit, dès lors que le propriétaire de ces informations a pris des mesures raisonnables pour les garder secrètes et que l'information a une valeur économique propre, réelle ou potentielle, du fait qu'elle n'est pas généralement connue du public et qu'elle ne pourrait être facilement connue par des moyens appropriés »⁽²⁾. Elle prévoit cette fois des sanctions pénales en cas de vol ou d'utilisation frauduleuse des secrets d'affaires, pouvant aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement et cinq millions de dollars d'amendes.

En 2016, le Congrès des États-Unis a enfin adopté une nouvelle loi fédérale sur la défense des secrets commerciaux (Defend Trade Secrets Act ou « DTSA ») permettant notamment, pour la première fois, aux détenteurs de secrets d'affaires d'introduire une action civile devant un tribunal fédéral. Le texte prévoit en outre différentes procédures et sanctions civiles en cas de détournement de secrets d'affaires, augmente les sanctions pénales applicables et prévoit en particulier une immunité pour les lanceurs d'alerte⁽³⁾.

(1) Section 1 de l'UTSA, traduction de J-M Garinot, dans *Le secret des affaires*, Lexisnexis, 2013, p. 294.

(2) B. Carayon, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi (n° 3985) de M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires.

(3) S. Marcellin, T. du manoir de Juaye, *Le secret des affaires*, Lexisnexis, 2019.

1.1.2 Droit multilatéral OMC

À l'échelle mondiale, l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« ADPIC ») du 15 avril 1994⁽⁴⁾ constitue la source d'inspiration première de l'actuelle définition légale du secret des affaires. Annexé au traité de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le texte vise à réduire les distorsions et les entraves au commerce international en définissant des normes et des principes communs relatifs aux droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ainsi que des moyens efficaces pour leur protection⁽⁵⁾.

Outre plusieurs dispositions relatives au droit d'auteur, aux marques, et aux brevets, le texte institue de manière inédite une protection mondiale des secrets d'affaires en imposant aux États membres de l'OMC de protéger les « renseignements non divulgués », sur la base de dispositions relatives à la concurrence déloyale⁽⁶⁾. L'article 39.2 indique à cet égard que « les personnes physiques ou morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes », sous réserve que ces renseignements satisfassent trois conditions :

- être secrets ;
- présenter une valeur commerciale ;
- faire l'objet de mesures de protection appropriées.

Si l'ambition est louable en ce que le texte constitue une première tentative supranationale de protection des secrets d'affaires, sa portée reste faible. En effet, le texte n'impose pas aux États membres d'intégrer ses dispositions dans leur droit respectif de sorte que celui-ci été très diversement appliqué suivant lesdits États, entraînant une diversité de dispositifs juridiques dont la lecture s'avérait quasi-insurmontable pour la plupart des opérateurs économiques⁽⁷⁾.

1.1.3 Droit de l'Union européenne

Au niveau européen, et jusqu'en 2016, la préservation du secret des affaires n'était prise en compte que de manière indirecte par certains textes.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose par exemple en son article 41 que le droit à une bonne administration par les institutions, organes et organismes de l'Union comporte « le droit d'accès à toute personne au dossier qui la concerne [...] dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ».

(4) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

(5) « Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market », cabinet Baker & McKenzie, avril 2013.

(6) L'article 39 des accords sur les ADPIC dispose qu'« en assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués [...] et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes [...] ».

(7) C. Le Grip, « La quête d'une protection efficace et respectueuse des droits fondamentaux : l'équilibre retenu par le législateur européen », *La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européennes – Actes du colloque du 1^{er} avril 2016 – sous la direction de Jean Lapousterle et Bertrand Warusfel*, Lexisnexis, 2017, p. 87.

CHAPITRE 4

Le secret des affaires et la mise en concurrence

La protection du secret des affaires doit rester une préoccupation constante des acheteurs et des autorités concédantes, tant au stade de la préparation de la mise en concurrence que pendant son déroulement. Elle nécessite d'être conciliée avec le respect des principes de la commande publique et en particulier avec le principe d'égalité de traitement des candidats.

4.1 Le secret des affaires au stade de l'appel à concurrence

Au stade de l'appel à concurrence, les acheteurs et les autorités concédantes doivent apporter l'information la plus utile et la plus complète aux opérateurs économiques susceptibles de soumissionner, tout en veillant à ne pas dévoiler des secrets d'affaires, sauf à ce que cette divulgation s'avère nécessaire pour répondre aux exigences de la mise en concurrence, nécessité sur laquelle les avis sont susceptibles de diverger. Le recours au juge peut alors s'avérer utile.

4.1.1 Obligation positive d'information

L'appel à la concurrence et en amont l'élaboration des pièces de consultation sont marqués par une obligation positive d'information à la charge des acheteurs et des autorités concédantes à qui il incombe d'exprimer précisément leurs besoins.

4.1.1.1 Définition préalable des besoins

La définition préalable des besoins doit intervenir avant le lancement de la procédure. Il s'agit, pour l'acheteur ou pour l'autorité concédante, d'être en mesure d'exprimer ses attentes notamment en matière de prestations confiées au futur titulaire du contrat, de durée, de conditions d'exécution, etc. avant le lancement de toute procédure, et mettre ainsi les soumissionnaires en mesure de présenter des offres les mieux à même de satisfaire ces attentes.

En matière de contrats de concession, il a notamment été jugé que l'autorité concédante « doit apporter aux candidats [...], avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire », et « il lui appartient [...] d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres »⁽¹⁾.

Cette définition préalable des besoins doit être suffisamment précise, à peine sinon d'irrégularité voire d'annulation de la procédure de passation en cas de contentieux⁽²⁾.

4.1.1.2 Informations nécessaires à l'élaboration d'une offre satisfaisante

Dans le cadre de la définition de ses besoins et afin de permettre aux opérateurs économiques d'y répondre au mieux, l'acheteur ou l'autorité concédante doit s'attacher à communiquer aux opérateurs intéressés toutes les informations nécessaires à l'élaboration d'une offre satisfaisante. Ces opérateurs doivent ainsi être « mis à même de prendre connaissance des éléments essentiels de la convention leur permettant d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer une offre satisfaisante »⁽³⁾.

De manière générale, le juge administratif considère comme nécessaires les informations permettant de connaître les caractéristiques essentielles du futur contrat et de présenter « une offre satisfaisante »⁽⁴⁾. L'acheteur public ou l'autorité concédante doit ainsi s'attacher à opérer une sélection minutieuse des informations transmises afin de ne divulguer des informations relevant du secret d'affaires que si cela s'avère nécessaire à la mise en concurrence.

En revanche, l'acheteur public ou l'autorité concédante ne devrait pas se voir reprocher une absence de communication d'une information dont il n'est pas démontré qu'elle aurait été nécessaire à l'élaboration des offres.

(1) CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux, req. n° 437946.

(2) Voir par exemple : CE 15 novembre 2017, Société Idex Territoires, req. n° 412644 : « 3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a relevé, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que le périmètre de la concession déterminé par la commune du Havre dans le règlement de la consultation pouvait comprendre l'exploitation du réseau de chaleur dans le seul quartier de Caucriauville, avec un développement de proximité non précisément défini (offre de base et variante n° 1), mais aussi dans un ou plusieurs autres quartiers de la ville du Havre, voire dans les communes d'Harfleur et de Montivilliers (variante n° 2), ainsi, éventuellement, que sur un périmètre encore plus large (variante libre) et que, de surcroît, le dossier de la consultation ne comportait pas l'annexe 1 qui devait contenir le plan de la concession ; qu'il a en outre relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que seule une durée maximale de vingt-quatre ans était prévue dans le règlement de la consultation, les candidats devant proposer une « durée effective » adaptée aux solutions techniques et aux investissements envisagés dans leurs offres ; 4. Considérant que le juge des référés a déduit de ces constatations que, compte tenu des imprécisions sur le périmètre de la concession, la commune ne pouvait être regardée, en l'espèce, comme ayant suffisamment déterminé l'étendue de ses besoins ; qu'il a également relevé que, si le fait de fixer seulement une durée maximale ne constitue pas, à lui seul, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il traduisait en l'espèce, en raison de l'incertitude sur le montant des investissements à réaliser et à amortir qui résultait par ailleurs des imprécisions sur le périmètre de la concession, une insuffisante détermination des besoins de la commune ; qu'il a en conséquence jugé que la commune avait manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

(3) CE, 13 mars 1998, Sté Transports Galiero, req. n° 165238.

(4) Voir CE, Ass, 2 juillet 1999, Société anonyme Bouygues, req. n° 206749 ; CAA Paris, 7 novembre 2006, Société Soccrum, req. n° 03PA00325 et n° 03PA00374 ; CAA Lyon, 8 février 2007, Communauté urbaine de Lyon, req. n° 06LY00183.

Sur ce dernier point, à titre d'illustration, il a par exemple été jugé que :

« Considérant qu'au soutien de ce moyen la requérante fait valoir que toutes les informations ne lui ont pas été données en ce qui concerne le personnel à reprendre, les rapports d'activité du délégataire en place pour les années 2005, 2006 et 2007 dont elle n'a eu qu'une connaissance partielle, ainsi que sur les éléments nécessaires à la détermination des recettes de trafic et à l'optimisation de l'offre de service ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que, lors de la phase de négociation l'autorité organisatrice a communiqué à l'ensemble des entreprises candidates toutes les informations en sa possession concernant le personnel de nature à leur permettre d'élaborer leur offre ; que chacun des candidats a en outre disposé des mêmes informations en ce qui concerne les recettes du délégataire pour l'année 2007, le tarif des titres de Z et le nombre de titres de Z vendu ; qu'en ce qui concerne la communication des rapports d'activité du délégataire pour les années 2005, 2006 et 2007, les candidats ont disposé des mêmes informations relatives à la présentation du réseau, aux moyens dédiés au service, aux indicateurs de productivité se rapportant aux années en cause, et à la qualité du service ; que la société requérante n'est en conséquence pas fondée à soutenir qu'il y a eu inégalité de traitement entre les concurrents ; qu'en tout état de cause elle n'établit pas en quoi les informations supplémentaires qu'elle a demandées pour compléter notamment le caractère partiel des rapports d'activité qui lui ont été communiqués, comme aux autres candidats, l'auraient empêché de présenter une offre, ni en quoi cette circonstance l'aurait lésée ; que si le délégataire sortant a disposé des rapports complets d'activité, il n'en a tiré aucun avantage dès lors que son offre n'a en définitive pas été retenue par l'autorité déléguante ; »⁽⁵⁾.

À noter toutefois l'approche très extensive de l'Autorité de la concurrence en la matière qui ne se limite pas à l'exigence de communication aux candidats des informations nécessaires à l'élaboration de leur offre mais se réfère au-delà plus largement aux « informations utiles aux soumissionnaires afin de maintenir une compétition équitable. », tout en précisant que « La notion de données utiles, si elle est soumise en l'espèce à l'appréciation de l'autorité déléguante, ne doit pas se limiter aux données nécessaires pour répondre aux appels d'offres de la manière la plus pertinente, mais devrait s'étendre aux données qui permettent à tout opérateur non sortant [...] de disposer d'informations lui permettant d'optimiser l'exploitation du service rendu à l'utilisateur, une fois le marché attribué. »⁽⁶⁾. Ainsi, pour l'Autorité de la concurrence, l'acheteur ou l'autorité concédante doit non seulement transmettre les données nécessaires à l'élaboration des offres mais doit également communiquer toutes les informations en sa possession qui soient de nature à optimiser les prestations rendues. Si une telle approche venait être partagée par le juge administratif, l'obligation d'information à la charge de l'acheteur ou de l'autorité concédante s'en trouverait considérablement alourdie.

4.1.1.3 Asymétrie d'information avec le sortant

L'obligation positive d'information qui pèse sur les acheteurs et les autorités concédantes est renforcée lorsque le contrat mis en concurrence fait suite à l'exécution d'un précédent

(5) TA de Dijon, 30 mars 2009, req. n° 0900721-1 ; cité dans V. Cochi, G. Terrien, « Secret industriel et commercial, contrats publics et mise en concurrence », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 93, novembre 2009.

(6) Autorité de la concurrence, avis n° 20-A-08 du 16 septembre 2020 relatif à une saisine d'Île-de-France Mobilités concernant l'ouverture à la concurrence du secteur du transport public de personnes par autobus en Île-de-France, paragraphes 185 et s.

contrat arrivant à terme. En effet, dans ce cas, au-delà de l'expression même du besoin, il importe de veiller à neutraliser ou à défaut à réduire suffisamment l'asymétrie naturelle d'informations entre le titulaire sortant – et le cas échéant les sociétés qui lui seraient liées et qui bénéficieraient d'informations privilégiées – d'une part et ses éventuels futurs concurrents d'autre part.

À cette fin, la personne publique doit solliciter du précédent titulaire du contrat les informations nécessaires à l'établissement des offres des candidats, et les leur communiquer. Ainsi que l'indique la rapporteure publique Catherine Bergeal « le délégataire dispose inévitablement d'informations privilégiées, susceptibles de lui donner un avantage décisif dans la consultation s'il pouvait refuser de les communiquer [et] c'est précisément en l'obligeant à les communiquer que l'égalité entre les candidats peut être alors rétablie »⁽⁷⁾.

À cet égard, le juge administratif considère notamment que les informations relatives à la reprise du personnel constituent une information nécessaire dans le cadre de la mise en concurrence : « le coût correspondant à la reprise de salariés imposée par les dispositions du Code du travail ou par un accord collectif étendu constitue un élément essentiel du marché, dont la connaissance permet aux candidats d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer utilement une offre »⁽⁸⁾. La personne publique doit donc nécessairement communiquer aux candidats les informations relatives à la masse salariale⁽⁹⁾.

L'obligation d'information à la charge des acheteurs et des autorités concédantes se mue alors en une obligation partagée d'information à la charge également de leurs cocontractants.

Ce d'autant que l'absence de communication d'informations nécessaires à l'élaboration des offres par le titulaire sortant est susceptible lui être reprochée au titre du droit de la concurrence. Un tel refus peut en effet dans certains cas être qualifié de pratique anticoncurrentielle, et plus précisément d'abus de position dominante.

La Cour de cassation a par exemple considéré comme une « atteinte certaine, grave et immédiate à l'économie en général et à celle du secteur intéressé », le refus par un opérateur économique de communiquer une information essentielle à l'élaboration des offres de ses concurrents⁽¹⁰⁾. Dans cette affaire, était en cause le refus d'un opérateur économique exerçant une activité de production d'eau potable de communiquer le prix de vente de l'eau en gros à d'autres opérateurs susceptibles de soumissionner à l'attribution de contrats de distribution d'eau potable pouvant nécessiter l'achat d'eau en gros. Après avoir relevé que certains candidats potentiels étaient

(7) Conclusions de la rapporteure publique Mme Catherine Bergeal sur l'arrêt CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Cote d'Amour, req. n° 209319.

(8) CE, 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159.

(9) Pour les marchés publics, voir CE, 19 janvier 2011, Paris, req. n° 340773 ; pour les délégations de service public, voir CE, 13 mars 1998, Sté Galiero, req. n° 165238 ; cités dans L. Denet-Warin, « Connaître les offres concurrentes avant la signature du marché : le droit à l'information des candidats », *Les dossiers commande publique*, n° 5, Septembre 2013, Moniteurjuris.

(10) Cass. com., 3 mai 2000, n° 98-18.602 : « Attendu, en second lieu, que c'est souverainement que la cour d'appel a estimé que la communication du « prix de vente en gros de l'eau » aux communes ne permettait pas aux entreprises soumissionnaires, à défaut d'informations directes, d'élaborer utilement leurs offres ; Attendu, enfin, que dès lors qu'elle a retenu que certains candidats potentiels étaient dissuadés de concourir en raison des difficultés éprouvées pour connaître le prix d'acquisition de l'eau, la cour d'appel n'était pas tenue de s'expliquer davantage sur la renonciation de la CISE et sur l'effectivité de l'offre partielle de la SOAF ».

dissuadés de concourir en raison des difficultés éprouvées pour connaître le prix d'acquisition de l'eau, la Cour de cassation a confirmé le bien-fondé de l'injonction prononcée par la cour d'appel à une société de communiquer son prix de vente en gros de l'eau potable à tout tiers qui en ferait la demande dans le but de se porter candidat à un appel d'offres.

Plus encore, le titulaire sortant est lui-même susceptible d'être lésé par le défaut d'information aux candidats entrants. C'est en particulier le cas lors que l'absence de communication d'information a pour conséquence d'entraîner une sous-évaluation de charges de la part de certains soumissionnaires rendant ainsi leur offre artificiellement plus compétitive que celle d'un opérateur sortant qui connaît quant à lui la réalité des charges afférentes à l'exécution du contrat. Cela a notamment été jugé par le Conseil d'État s'agissant de l'absence de communication des charges relatives au personnel ⁽¹¹⁾.

On relèvera enfin que l'égalité de traitement des candidats dépend non seulement des informations à communiquer, mais également des modalités et conditions de cette communication, en particulier lorsqu'il s'agit d'informations en possession d'un titulaire sortant ou facilement accessibles par ce dernier.

Sous couvert de satisfaire au principe de transparence, l'Autorité de la concurrence considère à cet égard que les acheteurs ou autorités concédantes doivent non seulement assurer un accès équitable aux données mais également veiller à la cohérence de ces données, au besoin en procédant préalablement à leur harmonisation, et favoriser leur disponibilité en temps réel en privilégiant l'*open data*, cela afin d'« éviter tout biais tenant au décalage de temporalité dans la disponibilité des informations »⁽¹²⁾. Selon l'Autorité, « La notion d'accès équitable aux données fait référence à un accès non discriminatoire, c'est-à-dire identique entre les opérateurs, qu'ils en disposent à titre exclusif ou qu'ils en soient dépourvus. », étant précisé que « Le format d'accès aux données conditionne cet accès équitable et doit être adapté, soit par l'opérateur détenteur de l'information, soit par l'autorité organisatrice, pour éviter toute rétention d'information. »⁽¹³⁾

4.1.1.4 Informations nécessaires à la seule élaboration du dossier de consultation

On observera enfin que dans certains cas, des informations peuvent s'avérer utiles voire nécessaires à l'acheteur ou à l'autorité concédante pour exprimer son besoin, sans forcément l'être pour les opérateurs économiques pour répondre à ce besoin. Dans ce cas, un refus de

(11) CE, 11 avril 2012, Chambre de commerce et d'industrie de Bastia et de la Haute-Corse, req. n° 355183 : « Considérant, en troisième lieu, que le juge des référés n'a pas inexactement qualifié de manquement ayant été susceptible de léser la société Nettoyage Insulaire, l'absence de communication à la société BG Nett, attributaire du marché, de l'information sur la masse salariale du personnel à reprendre, après avoir relevé que le défaut de communication de cette information était susceptible de léser indirectement la société Nettoyage Insulaire et que le défaut d'information de la société attributaire avait pu exercer une influence sur la présentation de l'offre de cette dernière, laquelle, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, n'a devancé l'offre de la société Nettoyage Insulaire qu'en raison d'un prix global moindre que celui de cette dernière. ».

(12) Autorité de la concurrence, avis n° 20-A-08 du 16 septembre 2020 relatif à une saisine d'Île-de-France Mobilités concernant l'ouverture à la concurrence du secteur du transport public de personnes par autobus en Île-de-France, paragraphe 186 : « Le principe de transparence recouvre : - Un accès équitable aux données utiles, préalablement identifiées par l'autorité organisatrice ; - La cohérence de ces données, qui peut parfois justifier une harmonisation préalable ; - Une mise en œuvre en open data afin de favoriser leur disponibilité en temps réel. ».

(13) *Ibidem*, paragraphe 190.

Le secret des affaires et le contrôle de l'exécution des contrats

L'article L. 6 du Code de la commande publique confère à l'autorité publique contractante « un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le [...] code, des dispositions particulières ou le contrat ». Ce pouvoir de contrôle qui caractérise l'ensemble des contrats administratifs est de nature à offrir à l'administration un accès privilégié à des informations susceptibles de relever du secret des affaires du titulaire du contrat, ce qui soulève la question de la conciliation des prérogatives publiques avec ce secret.

7.1 Le pouvoir de contrôle de l'administration sur l'exécution des contrats de la commande publique

Critère de qualification des contrats administratifs, le pouvoir de contrôle de l'administration sur l'exécution du contrat varie selon les contrats tant dans son objet que dans son étendue.

7.1.1 Justification du pouvoir de contrôle

Les stipulations contractuelles conférant à l'administration un pouvoir de contrôle sur l'exécution d'un contrat constituent des clauses exorbitantes du droit commun, et représentent à ce titre éléments de qualification juridique du contrat.

En ce sens, le Tribunal des conflits a par exemple qualifié d'administratifs « les accords qui confèrent [à la personne publique] un pouvoir de contrôle sur son cocontractant, en lui imposant des modalités d'exploitation, en se réservant postérieurement à la vente, l'appréciation de la qualité du projet architectural ainsi que des normes et du prix des chambres de l'ensemble hôtelier dont la réalisation était à entreprendre avant la réitération des actes définitifs de vente, en garantissant un taux d'occupation des locaux et en prévoyant des conditions de remboursement pouvant aboutir à une revente en faveur du CNES à un coût déterminé et non au prix du marché »⁽¹⁾.

(1) TC, 20 juin 2005, Société Hôtelière Guyanaise c/ Centre national d'études spatiales, n° C3446, *Lebon* p. 664.

Le pouvoir de contrôle de l'administration sur son cocontractant est classiquement justifié au regard de l'intérêt public dont elle a la charge. Ainsi par exemple, dans les concessions de service public, c'est parce que l'administration délègue une partie de son activité, qu'elle a « nécessairement le devoir et le droit d'exercer un contrôle », la « concession ne p[ouvant] être un obstacle au fonctionnement régulier du service public »⁽²⁾. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie générale française des Tramways* de 1910⁽³⁾, le commissaire du gouvernement Blum affirmait à ce titre que « l'État reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens [...], il reste responsable de la sécurité publique, qu'une exécution inhabile du service peut compromettre ». Il ne peut donc « se désintéresser du service public de transport une fois concédé », car ce dernier « est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public ».

7.1.2 Étendue du pouvoir de contrôle

L'étendue du pouvoir de contrôle varie selon le contrat administratif en cause.

Le pouvoir de l'administration peut d'abord consister en un simple pouvoir de surveillance de la bonne exécution, par le cocontractant, des stipulations contractuelles. Il en est ainsi dans les marchés de services ou de travaux. Il se concrétise en pratique par des visites sur place, des demandes de renseignement, des injonctions, des ordres de service ou encore des mises en demeure⁽⁴⁾.

Au-delà, le pouvoir de contrôle peut revêtir la forme d'un véritable pouvoir de direction lorsque l'administration intervient directement dans le choix des modalités d'exécution du contrat.

7.1.2.1 Marchés publics de travaux

Dans les marchés publics de travaux, le maître d'ouvrage se doit notamment veiller au bon déroulement de la mission de direction de l'exécution des travaux confiée au maître d'œuvre. L'article L. 2422-7 du Code de la commande publique indique à cet égard que le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage doit prévoir « les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération ». Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux confie à cet égard un certain nombre de prérogatives au maître d'ouvrage au titre de son pouvoir de contrôle⁽⁵⁾. Ainsi, pour que le maître d'ouvrage puisse accepter le sous-traitant du maître d'œuvre et ses conditions de paiement⁽⁶⁾, le titulaire est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance et ses éventuels avenants au maître d'ouvrage, lorsque celui-ci en fait la demande. À défaut de l'avoir produit, le titulaire encourt des pénalités ou certaines

(2) G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Tome II, Paris, LGDJ 1932, p. 382 – vu dans A. Roblot-Troizier, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990.

(3) CE, 11 mars 1910, *Lebon* p. 218.

(4) A. Roblot-Troizier, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990.

(5) La référence au CCAG n'étant pas obligatoire, les parties peuvent néanmoins librement aménager ce contrôle.

(6) CCP, art. L. 2193-4.

sanctions⁽⁷⁾. Par ailleurs, le titulaire doit par exemple transmettre au maître d'ouvrage tous renseignements utiles permettant le contrôle et le suivi de l'exécution de la clause d'insertion sociale⁽⁸⁾, de même que les documents relatifs au suivi des déchets de chantier⁽⁹⁾, ou encore ceux assurant la traçabilité des produits et matériaux mis en œuvre⁽¹⁰⁾. Le maître d'ouvrage se doit en outre de contrôler les obligations environnementales du titulaire dans l'exécution du marché⁽¹¹⁾.

7.1.2.2 Concessions de service public

Dans les concessions de service public, depuis la loi du 8 février 1995, le concessionnaire a l'obligation de produire un rapport annuel d'information, avant le 1^{er} juin de l'année qui suit celle faisant l'objet dudit rapport⁽¹²⁾. L'article L. 3131-5 du Code de la commande publique dispose à cet égard que « le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services ». Celui-ci doit tenir compte « des spécificités du secteur d'activité concerné et respect[er] les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente »⁽¹³⁾. Dans le cadre de son droit de contrôle, l'autorité concédante peut en outre solliciter du cocontractant tout document justifiant des éléments de ce rapport⁽¹⁴⁾.

Aux termes de l'article R. 3131-3 du Code de la commande publique, le rapport annuel comprend les données comptables suivantes :

- le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Étant précisé que, pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;
- une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;
- un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;
- un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles.

Le rapport doit en outre contenir une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, qui détaille tous les éléments permettant d'apprécier la qualité

(7) CCAG-Travaux (2021), art. 3.6.1.5.

(8) CCAG-Travaux (2021), art. 20.1.4.2.

(9) CCAG-Travaux (2021), art. 36.2.

(10) CCAG-Travaux (2021), art. 21.1.

(11) CCAG-Travaux (2021), art. 20.2.1.

(12) CCP, art. R. 3131-2, alinéa 1.

(13) *Ibidem*.

(14) CCP, art. R. 3131-2, alinéa 2.

des ouvrages ou des services exploités (notamment à partir d'indicateurs définis dans le contrat) et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers⁽¹⁵⁾.

Lorsque le contrat concède la gestion d'un service public, le rapport doit permettre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public⁽¹⁶⁾ et se doit à cet effet de comporter des informations complémentaires. Au titre des données comptables, le rapport doit également contenir⁽¹⁷⁾ :

- un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;
- un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ;
- un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé⁽¹⁸⁾ ;
- les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public.

Le rapport annuel d'information des concessions de service public doit enfin être assorti d'une annexe au sein de laquelle figure un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation⁽¹⁹⁾.

L'article L. 3131-2 du Code de la commande publique fait par ailleurs obligation au concessionnaire de fournir « à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution », à moins d'en avoir été dispensé par l'autorité concédante pour des motifs d'intérêt général⁽²⁰⁾. Cette obligation, qui participe au pouvoir de contrôle de l'autorité concédante sur l'exécution de la

(15) CCP, art. R. 3131-3, alinéa 2.

(16) CCP, art. L. 3131-5, alinéa 2.

(17) CCP, art. R. 3131-4, alinéa 1.

(18) D'une manière générale, le Conseil d'État juge qu'il « résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation » (CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788). Ainsi que l'indique le rapporteur public M. Dacosta dans cette affaire, « dans le cadre d'une concession de service public, dès lors que les ouvrages construits par le concessionnaire reviennent obligatoirement et, en principe, gratuitement au concédant à la fin de la concession, [...] il entre dans les prérogatives du concédant d'obtenir, avant même le terme de la concession, s'il l'estime utile, un inventaire des biens utilisés par le concessionnaire dans le cadre de la convention. Une telle prérogative, justifiée par la nécessité d'éviter que le concessionnaire ne puisse distraire de la concession des biens qui lui sont directement liés et qui ont été financés par l'utilisateur, doit exister [...] même en l'absence de disposition législative explicite ou de stipulations en ce sens dans le contrat ».

(19) CCP, art. R. 3131-4, alinéa 2.

(20) CCP, art. L. 3131-2.

concession, « s'inscrit dans le cadre de la politique d'ouverture des données d'intérêt général et vise à permettre de rendre publiques des informations essentielles sur les conditions dans lesquelles le service public est exploité »⁽²¹⁾.

7.1.2.3 Spécificités sectorielles

Dans certains secteurs spécifiques, le rapport annuel du concessionnaire obéit à des règles particulières.

Les concessions de distribution d'énergie font par exemple l'objet de dispositions dérogatoires. Aux termes de l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales : « Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci, dans les conditions prévues aux articles L. 111-73, L. 111-77, L. 111-81 et L. 111-82 du code de l'énergie. En outre, il communique [...] ces informations aux autorités concédantes dont il dépend, sous la forme d'un compte rendu annuel qui comporte, notamment, la valeur brute ainsi que la valeur nette comptable, la valeur de remplacement des ouvrages concédés pour la distribution d'électricité et la valeur nette réévaluée des ouvrages pour la distribution de gaz naturel. Un inventaire détaillé et localisé de ces ouvrages est également mis, à leur demande, à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées, pour ce qui concerne la distribution d'électricité. Cet inventaire distingue les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres. [...] Ces informations comprennent également, dans des conditions fixées par décret, les données de consommation et de production prévues aux articles L. 111-73 et L. 111-77 du code de l'énergie et dont il assure la gestion, et les données permettant d'élaborer et d'évaluer les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie et les plans climat-air-énergie territoriaux prévus par les articles L. 222-1 à L. 222-3, L. 229-25 et L. 229-26 du code de l'environnement ainsi qu'un bilan détaillé de la contribution du concessionnaire aux plans climat-air-énergie territoriaux qui le concernent. Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz transmet [enfin] à chacune des autorités concédantes précitées un compte rendu de la politique d'investissement et de développement des réseaux prévue au 1° du II de l'article 13 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières [...] ».

Par ailleurs, le délégataire du service public d'aménagement touristique en zone de montagne, tel que celui chargé des remontées mécaniques, « doit notamment fournir chaque année un compte rendu financier comportant le bilan prévisionnel des activités et le plan de trésorerie faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses »⁽²²⁾.

Pour une dernière illustration, dans l'hypothèse d'un contrat de délégation de service public d'eau ou d'assainissement mettant à la charge du délégataire des renouvellements et des grosses réparations à caractère patrimonial, le rapport annuel se doit de préciser l'exécution de ce programme de travaux⁽²³⁾.

(21) Rep. min. n° 13693, *JO Sénat* 12 mars 2020, p. 1270.

(22) Code du tourisme, art. L. 342-2.

(23) CGCT, art. L. 2224-11-3.

La répression des atteintes au secret des affaires

La violation du secret des affaires ne constitue pas en tant que tel un délit pénal à part entière.

Pour autant, même s'il n'existe pas d'incrimination spécifique à la violation du secret des affaires, le Code pénal comporte diverses dispositions permettant, au moins partiellement, de sanctionner les atteintes au secret des affaires. Les infractions concernées sont de deux ordres et relèvent du droit pénal des biens d'une part, en ce que le secret des affaires protège un actif immatériel de l'entreprise, et du droit pénal des personnes d'autre part, en ce qu'il protège la personnalité juridique de personnes morales⁽¹⁾.

10.1 Absence de protection pénale spécifique au secret des affaires

S'interroger sur la nécessité d'une protection pénale spécifique du secret des affaires implique de se demander si celui-ci constitue une valeur si éminente au sein de notre société qu'il mériterait d'être pénalement protégé, tel qu'il en est du secret de la vie privée ou du secret défense. Il s'agit là d'un choix politique qui appartient au législateur national⁽²⁾. Le législateur européen s'est en effet refusé à s'engager dans la voie d'une harmonisation pénale de la protection du secret des affaires.

En France, le choix a été fait de ne pas introduire de mécanisme de protection pénale du secret des affaires, en dépit néanmoins de débats nourris sur le sujet.

(1) *Ibidem*.

(2) J.-C. Saint-Pau, « La pénalisation du secret des affaires », in *La confidentialité des informations relatives à une entreprise - Actes du colloque organisé le 26 septembre 2013 par l'Observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, sous la direction de B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau*, Éditions Cujas, 2014, p. 22.

10.1.1 Débats parlementaires

Si les instruments de protection pénale du secret des affaires sont nombreux, aucun d'entre eux ne permet d'appréhender le secret des affaires dans sa globalité.

Dans son avis sur la proposition de loi de 2018 portant transposition de la directive européenne relative au secret des affaires, le Conseil d'État relevait à cet égard que :

« Bien que la notion de secret des affaires soit utilisée dans de nombreux textes législatifs et réglementaires et par la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, dans des domaines variés, l'état actuel du droit français ne la définit pas. Par ailleurs, la protection offerte relève de l'application jurisprudentielle des règles de droit commun de la responsabilité civile ou de certaines infractions pénales qui ne permettent d'appréhender qu'imparfaitement les atteintes portées au secret des affaires. Le Conseil d'État constate que des dispositions législatives sont donc nécessaires pour assurer la transposition de cette directive et introduire dans le droit interne un régime juridique propre au secret des affaires. »⁽³⁾.

C'est la raison pour laquelle certains sollicitent de longue date la création d'une infraction pénale spécifique à la violation des affaires.

Plusieurs propositions de lois ont ainsi notamment été déposées en ce sens, sans succès.

En 2012, M. Bernard Carayon, auteur d'une proposition de loi visant à sanctionner pénalement le secret des affaires, estimait dans son rapport que :

« [Les actions civiles] sont utiles, mais leur efficacité reste limitée. Elles ne peuvent que réparer le préjudice causé par la violation du secret des affaires, *a posteriori*, une fois celui-ci réalisé, et n'exercent pas véritablement d'effet dissuasif, alors que l'objectif principal recherché par les entreprises est de prévenir un tel préjudice. En pratique, ce préjudice est souvent difficile à évaluer, car il s'agit souvent de la perte d'une chance ou d'un avantage concurrentiel. Bien souvent, le juge saisi est dépourvu des moyens pertinents d'évaluation. En outre, l'insolvabilité du défendeur peut priver, *in fine*, l'entreprise victime de toute réparation.

La voie pénale a été retenue en raison de ses vertus pédagogique, dissuasive et, évidemment, répressive. La création d'une nouvelle infraction s'est imposée, plutôt que l'aménagement de la multitude d'infractions existantes afin de les adapter au caractère immatériel des secrets d'affaires, dans un souci de lisibilité et de clarté. »⁽⁴⁾

En 2018, lors des travaux parlementaires sur la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, le Sénat avait proposé d'instaurer un nouveau délit de « détournement d'une information économique protégée » afin de sanctionner d'une peine d'emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros toute atteinte à un secret des affaires commise dans le but d'en retirer un avantage exclusivement économique.

Le Gouvernement, suivi sur ce point par l'Assemblée nationale, s'est opposé à cet amendement. Lors des débats, Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux, estimait que « le dispositif civil [...] répondra au besoin des entreprises de pouvoir agir rapidement en justice afin de prévenir toute atteinte imminente ou de faire cesser toute atteinte illicite au secret des affaires, mais

(3) CE, avis, 15 mars 2018, n° 394422.

(4) B. Carayon, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi (n° 3985) de M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires.

permettra aussi d'obtenir la réparation intégrale des préjudices subis. D'autre part, il est d'ores et déjà possible de sanctionner pénalement une entreprise qui s'approprie frauduleusement le secret des affaires d'une entreprise concurrente, soit dans le but d'en tirer profit, soit dans un but de déstabilisation. Des faits d'atteinte à un secret des affaires peuvent notamment être qualifiés de vol, d'abus de confiance ou d'extraction de données dans un système informatisé de données »⁽⁵⁾.

10.1.2 Explications

Plusieurs éléments peuvent expliquer l'absence de délit pénal dédié à la répression des atteintes au secret des affaires.

La première explication est d'ordre juridique et renvoie au fait que selon un principe constant la loi pénale est d'interprétation stricte.

Or, les contours de la notion de « secret des affaires » sont tels que fonder expressément un délit sur la violation de ce secret pourrait se révéler incompatible avec ce principe d'interprétation stricte de la loi pénale, voire plus largement avec le respect du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines.

C'est clairement la position qui avait été exprimée par le Conseil d'État, dans son avis sur la proposition de loi de 2018 relative à la protection du secret des affaires :

« Le Conseil d'État note par ailleurs que, contrairement au choix opéré à l'occasion de précédentes initiatives parlementaires qui instaurent un délit de violation du secret des affaires, la proposition de loi s'en tient à une réparation civile, harmonisation minimale requise par la directive. Le Conseil d'État rappelle que, saisi en 2011 d'une demande d'avis dans le cadre d'une réflexion sur l'instauration d'un régime de protection des informations sensibles des entreprises relevant du secret des affaires, il avait souligné les obstacles juridiques auxquels se heurtaient la définition et la mise en œuvre d'une nouvelle infraction et invité le gouvernement à explorer d'autres voies « en substitution ou en complément, en matière de responsabilité civile ou pour inciter les entreprises à renforcer les dispositifs interne de protection de leurs informations confidentielles » (Assemblée générale, 31 mars 2011, n° 384892). Il était en particulier apparu que la définition large et insuffisamment précise du secret des affaires se prêtait mal au domaine pénal compte tenu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale et du respect du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. ».

La deuxième explication est d'ordre pratique et renvoie à l'utilité même d'un délit pénal dédié.

En effet, on constate que d'une manière générale, les entreprises sont réticentes à intenter une action pénale à l'encontre de leurs concurrents : la voie civile est souvent préférée à la voie pénale, notamment parce qu'elle permet souvent de mieux conserver la maîtrise de la procédure et de transiger pour mettre un terme aux poursuites.

En outre et surtout la victime de la violation d'un secret d'affaires cherche avant tout à être indemnisée de son préjudice, et non à ce que son adversaire soit emprisonné ou condamné à payer une amende⁽⁶⁾.

(5) Sénat, Séance du 18 avril 2018 (compte rendu intégral des débats) sur la loi n° 2018-670 relative à la protection du secret des affaires.

(6) L. Leblond, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *LPA* n° 152, p. 9.

10.2 La protection du secret des affaires par le droit pénal des biens

Quatre infractions du droit pénal des biens peuvent être utilisées pour protéger un secret des affaires :

- l’abus de confiance ;
- le vol ;
- le secret de fabrique ;
- l’atteinte à un système de traitement automatisé de données.

10.2.1 L’abus de confiance

10.2.1.1 Qualification de l’infraction

L’abus de confiance est défini à l’article 314-1 du Code pénal comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d’autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu’elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d’en faire un usage déterminé ».

L’infraction est constituée lorsqu’une personne, à qui a été remise une chose à charge pour elle de la rendre ultérieurement, va finalement la conserver (ou l’aura détruite ou transmise à un tiers). Elle requiert la réunion de deux éléments : (i) la remise préalable d’une chose et (ii) un détournement frauduleux de cette chose.

La remise préalable d’une chose

L’infraction suppose d’abord la remise d’une chose. Si la remise est généralement matérielle, c’est-à-dire qu’elle se traduit par un déplacement physique de la chose, elle peut également être de nature juridique et exister alors indépendamment de tout déplacement physique⁽⁷⁾.

La remise résulte en général d’une obligation contractuelle mais l’infraction peut néanmoins se constituer en dehors de tout cadre contractuel⁽⁸⁾. Il convient simplement que la chose ait été remise à titre précaire, c’est-à-dire avec l’obligation de la rendre. Le terme « remise » doit ainsi s’entendre d’une mise à disposition de la chose⁽⁹⁾.

La Cour de cassation admet de longue date que l’abus de confiance puisse porter sur un bien incorporel. Ainsi l’infraction a pu être retenue dans l’hypothèse d’un détournement de numéro de carte bancaire⁽¹⁰⁾, de l’exploitation d’une idée de projet de réalisation d’une borne informatique⁽¹¹⁾, de l’utilisation d’une connexion internet fournie dans le cadre du travail⁽¹²⁾, de l’usage de codes d’accès informatiques⁽¹³⁾ ou encore de l’usage par un sala-

(7) S. Fournier, « Abus de confiance », *JurisClasseur Pénal des affaires*, Lexisnexis.

(8) Cass. crim., 18 octobre 2001, n° 00-87.605.

(9) S. Marcellin, T. du manoir de Juaye, *Le secret des affaires*, Lexisnexis, 2019, p. 117.

(10) Cass. crim., 14 novembre 2000, n° 99-84.522.

(11) Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 04-80.285.

(12) Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953.

(13) Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416.

rié d'informations relatives à la clientèle de celle-ci par des procédés déloyaux dans le but d'attirer une partie de cette clientèle vers une autre société⁽¹⁴⁾.

Un détournement frauduleux de la chose

La notion de détournement s'entend comme un changement de la destination de la chose : il s'agit de se comporter, même momentanément, non plus en détenteur précaire mais en propriétaire⁽¹⁵⁾. Les hypothèses de détournement sont nombreuses. Il en est notamment ainsi lorsque l'agent s'autorise à détruire la chose, la vendre ou à en faire don, lorsqu'il se l'approprié ou encore lorsqu'il en fait un usage détourné⁽¹⁶⁾.

Aux termes de l'article 314-1 du Code pénal, le détournement doit être opéré « au préjudice d'autrui ». Ce préjudice peut être matériel comme moral⁽¹⁷⁾, actuel ou éventuel⁽¹⁸⁾ et peu importe que la victime du détournement soit la personne qui avait initialement confié la chose⁽¹⁹⁾.

Par ailleurs, ce détournement doit être intentionnel : la qualification d'abus de confiance nécessite de démontrer une intention coupable. L'auteur de l'infraction doit ainsi avoir détourné la chose en sachant que la détention précaire dont il disposait ne l'autorisait pas à en faire l'usage qu'il en a fait. En conséquence, une simple négligence ou maladresse ne suffit pas pour constituer l'infraction.

10.2.1.2 L'abus de confiance et le secret des affaires

Dans certaines circonstances, l'abus de confiance peut être utilisé pour sanctionner pénalement des atteintes au secret des affaires.

Le tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand a ainsi condamné sur ce fondement un ancien salarié de la société Michelin qui avait proposé à des sociétés concurrentes de leur vendre des données confidentielles et qui avait été dénoncé par l'une d'entre elles⁽²⁰⁾.

C'est également ce fondement qui été retenu par le tribunal de grande instance de Versailles dans l'affaire *Valeo*, s'agissant d'une stagiaire qui avait téléchargé sur son disque dur des fichiers confidentiels en violation de l'obligation de confidentialité à laquelle elle était astreinte⁽²¹⁾.

De manière plus récente, un salarié a été reconnu coupable d'abus de confiance « pour avoir détourné au préjudice de son employeur plus de trois cents fichiers informatiques qui ne lui avaient été remis qu'à charge d'en faire un usage déterminé, conforme à la charte informatique interne proscrivant l'extraction de ces documents de l'entreprise »⁽²²⁾.

(14) Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929.

(15) Voir sur ce point : Cass. crim., 9 mars 2005, n° 03-87.371.

(16) Par exemple lorsqu'un salarié utilise, à des fins personnelles, le matériel qui ne lui a pourtant été confié par son employeur que pour effectuer ses tâches salariales (Cass. crim., 13 février 1984, n° 82-94.484).

(17) Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953.

(18) Cass. crim., 17 novembre 2004, n° 03-86.988.

(19) Cass. crim., 25 octobre 1935 : *Bull. crim.* 1935, n° 118.

(20) TGI Clermont-Ferrand, 21 juin 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 116, M. Véron : « Attendu qu'en gardant en sa possession des données qu'il savait ne lui être communiqués que pour les besoins de son activité professionnelle et en en faisant un usage à des fins totalement étrangères, M. Arbache s'est rendu coupable du délit d'abus de confiance ».

(21) TGI Versailles, 18 décembre 2007, L. c/ Valéo, n° 0511965021.

(22) Cass. crim., 22 octobre 2014, n° 13-82.630.



Le secret des affaires dans la commande publique

Compte tenu des enjeux économiques et concurrentiels, le droit de la commande publique doit garantir la protection de données sensibles liées aux stratégies financières et commerciales des entreprises qui candidatent à un marché public. Le Code de la commande publique prévoit notamment que l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, informations dont la divulgation violerait le secret des affaires... Si l'acheteur ne doit pas transmettre des informations confidentielles, cela ne signifie pas qu'aucune information ne doit être communiquée aux entreprises au risque de fausser la concurrence. Face à cette contrainte, les acheteurs doivent maîtriser les règles applicables.

Ainsi, cet ouvrage doit déterminer, dans un premier temps, ce que recouvre précisément l'expression « secret des affaires » sur un plan juridique. Les chapitres suivants analysent ce secret dans le cadre des différentes étapes de la vie du contrat. Puis sont détaillées les différentes protections existantes (légales et contractuelles) ainsi que les types de recours et d'actions en réparation en cas d'atteinte à ce secret des affaires.

Cet ouvrage s'adresse aux responsables marchés, juristes des collectivités, ministères et établissements publics, avocats, entreprises. Ils trouveront toutes les réponses pour prévenir d'éventuels litiges liés aux problématiques de communication d'informations sensibles.

Benoît Neveu est avocat en droit public des affaires et médiateur. Il est actuellement associé au sein du cabinet Lacourte Raquin Tatar où il intervient principalement en matière de contrats publics, en conseil comme au contentieux.

