HAL
open science

La protection du secret des affaires

Valentin Millet

To cite this version:

Valentin Millet. La protection du secret des affaires. Droit. 2017. dumas-01625147

HAL Id: dumas-01625147

https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01625147

Submitted on 27 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Mémoire

La protection du secret des affaires

sous la direction de M. le Professeur Étienne VERGÈS

Soutenance du jeudi 07 septembre 2017
Composition du jury :

- Mme le Professeur Stéphane GERRY-VERNIÈRES
- M. le Professeur Étienne VERGÈS

Valentin MILLET
Master 2 Droit civil économique
Faculté de Droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes
Double cursus avec Grenoble Ecole de Management
Année universitaire 2016-2017

Remerciements

Préalablement à l'exposé de mon mémoire, je souhaite remercier vivement Monsieur le Professeur Étienne Vergès, qui a su me proposer un sujet extrêmement intéressant et parfaitement en lien avec mes deux cursus, suivis parallèlement à la Faculté de Droit de Grenoble et à Grenoble École de Management. Son implication et sa promptitude à répondre à mes diverses demandes, malgré le changement de Master 2 et la durée importante de ce travail, débuté en janvier 2016, m'aura été d'une grande aide, en me permettant notamment de réaliser cet unique mémoire pour la validation de mes deux formations.

Je souhaite également remercier chaleureusement mes amis du parcours Droit & Management, Florence, Sarah et Guillaume, pour leur soutien exceptionnel durant ces deux années particulièrement chargées que nous avons vécues ensemble, ainsi que pour leurs avis toujours avertis.

Au-delà de ce parcours spécifique, je souhaite également remercier Katia, avec qui nous avons partagé une grande partie de nos études préalablement au Master, et qui a toujours été de bon conseil sur ce travail final.

Enfin, je tiens à remercier tout particulièrement ma mère et ma sœur, qui ont été un soutien très important durant ces six années passées à l'université, avec une franche insistance s'agissant de ma mère, qui a notamment été d'une aide précieuse dans la relecture du présent mémoire.

Plan

Partie I – Les limites d'un système positif dualiste de protection du secret des affaires

Section 1 – L'inadéquation de la protection légale des secrets d'affaires aux besoins des entreprises

Section 2 – L'hétérogénéité de la protection contractuelle des secrets d'affaires

Partie II – Le développement européen d'une véritable protection du secret des affaires

Section 1 – La reconnaissance bienvenue d'une notion *sui generis* de secret des affaires

Section 2 – L'encadrement indispensable des balbutiements du secret des affaires par la protection des droits et intérêts des tiers

Introduction

« L'économie a changé. (…) Aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle. C'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenue l'avantage compétitif essentiel. Au capital matériel a succédé, dans les critères essentiels de dynamisme économique, le capital immatériel ou, pour le dire autrement, le capital des talents, de la connaissance, du savoir. En fait, la vraie richesse d'un pays, ce sont ses hommes et ses femmes »[1].

Bien qu'issus d'un rapport datant de 2006, commandé par le ministre de l'économie d'alors, Thierry Breton, à Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet, respectivement Président du Groupe Publicis et Chef du Service de l'Inspection générale des finances, ces quelques mots permettent de mettre parfaitement en lumière les problématiques et enjeux économiques contemporains.

En effet, cette mutation de l'avantage compétitif des entreprises[2] est un phénomène qui, bien qu'identifiable de façon graduelle dès la fin de la période des « Trente Glorieuses »[3], est extrêmement vif dans la période récente du fait des innovations technologiques majeures intervenues concomitamment à une mondialisation des échanges commerciaux toujours plus importante[4].

Parallèlement, il est fondamental de voir qu'à ces nouvelles technologies favorisant la mondialisation, particulièrement représentées par les nouvelles technologies de l'information et de la communication[5], s'adjoignent de nouvelles menaces d'ordre économique pour les entreprises. Ces nouvelles menaces sont diverses et ont notamment été dénoncées à l'occasion d'un rapport parlementaire de 2014 traitant de « la plurivocité de la prédation économique »[6]. Cette prédation économique résultant notamment de la surveillance des entreprises par d'autres acteurs : parties prenantes, concurrents, entreprises et pays étrangers, etc. Sur ce point, le rapport précité exposait que « au-delà de [l']espionnage industriel dont l'existence est connue mais dont les méthodes continuent malheureusement de surprendre des entreprises et des administrations insuffisamment armées, il serait naïf d'oublier que les principales ingérences empruntent aujourd'hui des voies légales »[7].

Ainsi, la véritable transformation de l'économie intervenant va nécessiter une adaptation pratique de la part des entreprises, mais aussi de la part du droit afin de mettre fin à ces « voies légales » permettant l'ingérence. Ces adaptations vont donc devoir intervenir au travers d'une anticipation des problématiques ainsi que par une protection plus importante des avantages compétitifs, des capitaux et des richesses des entreprises. Malheureusement, une telle protection va être rendue extrêmement complexe par

---

[1] M. LEVY et J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel – La croissance de demain*, rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La documentation française, 2006.

[2] Le terme « entreprise » est ici volontairement utilisé, et le sera par la suite, afin de prendre en compte les agents économiques intervenant dans la vie des affaires de façon plus large que ne le permettrait le seul terme « société ». En effet, le secret des affaires ne concerne pas exclusivement les personnes morales et doit donc amener à s'affranchir des débats traditionnels sur l'utilisation du terme « entreprise » (V. par exemple D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. Université, 2016, éd. 23, p. 5), ceux-ci s'avérant en l'espèce peu pertinents.

[3] Remarque : période couvrant les années 1946 à 1975, selon l'expression célèbre de l'économiste Jean Fourastié, développée avec son ouvrage *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975* (Paris, 1979).

[4] V. notamment : J.-Y. HUWART et L. VERDIER, *La mondialisation économique – Origines et conséquences*, Organisme de Coopération et de Développement Economique, coll. « Les essentiels de l'OCDE », 2012.

[5] Par exemple : internet, informatique, téléphonie mobile et *smartphones*, réseaux sans fil, etc.

[6] J.-J. URVOAS, *Rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2014*, Délégation parlementaire au renseignement, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale (n° 2482) et du Sénat (n° 201) le 18 décembre 2014.

[7] *Idem.*

l'immatérialité intervenant désormais dans l'économie et exposée ci-dessus, la richesse des entreprises n'étant pas nécessairement matérialisée ou matérialisable sur des supports aisés à protéger.

Ce « capital immatériel » peut notamment être illustré par les informations confidentielles des entreprises, celles-ci pouvant être de simples données sensibles, un savoir-faire ou encore une méthode de travail qui ne peuvent guère faire l'objet d'une protection physique ou juridique appropriée, informations dont le partage va être grandement facilité par l'outil informatique, tout individu disposant d'un accès à internet pouvant alors divulguer ces informations confidentielles au monde entier et de façon quasi instantanée. Cette instantanéité a aujourd'hui « un impact majeur sur l'activité économique »[8] et doit donc être pleinement prise en compte dans l'optique de la protection des informations confidentielles des entreprises.

Cette illustration permet donc d'envisager la nécessité d'une évolution globale de la protection du « capital immatériel » des entreprises, ceci afin de protéger l'innovation et d'anticiper les menaces s'imposant vis-à-vis de sa protection[9], mais aussi afin d'assurer qu'une véritable concurrence soit de mise et permette un fonctionnement non erratique des marchés financiers et de l'économie.

Un tel besoin d'évolution des mécanismes de protection des entreprises, découlant de la prise de conscience des profondes mutations intervenues tant en microéconomie qu'en macroéconomie, a été pleinement intégré au niveau juridique et est perceptible de manière extrêmement importante dans les récents débats intervenus, en France comme à l'international, sur la protection du « secret des affaires ». Cette innovation juridique rejoint la problématique mise en lumière par l'illustration quant aux informations confidentielles des entreprises puisque ce concept, bien qu'encore incertain puisqu'étant « infiniment vaste, équivoque et multiple »[10], a pour objectif d'assurer concrètement les entreprises de la confidentialité de leurs données sensibles.

Il convient donc de développer plus longuement ce concept pleinement ancré dans les évolutions économiques contemporaines et suscitant de nombreux débats juridiques faisant l'actualité.

Le secret des affaires, et plus précisément la protection du secret des affaires, est donc un concept encore très ambigu, ce qui peut être vu comme paradoxal tant il est présent dans l'actualité juridique depuis quelques années. Il convient donc d'opérer une tentative de définition de la notion, en débutant par la définition de chacun de ses termes.

Tout d'abord, le secret a pu être défini par le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant comme étant une « chose cachée, par extension [la] protection qui couvre cette chose et [qui] peut consister soit, pour celui qui connaît la chose, dans l'interdiction de la révéler à d'autres, soit pour celui qui ne la connaît pas, dans l'interdiction d'entrer dans le secret » [11]. Cet ouvrage et d'autres vont ici ajouter une énumération de secrets légaux qu'il convient de prendre en compte pour appréhender la notion, à l'image des secrets de fabrique, de l'enquête et de l'instruction, des délibérations, des sources journalistiques ou encore à l'image du secret professionnel et du secret-défense. Ce dernier point permet donc également d'insister sur les personnes tenues au secret, comme le fait la définition du *Trésor de la langue française informatisé* en précisant que le secret est « ce qui ne peut être connu ou compris parce que volontairement caché à ceux qui ne sont pas initiés ou confidents ».

Ensuite, quant aux affaires, celles-ci vont pouvoir être définies comme étant les « opérations de toute nature liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière »[12].

---

[8] J.-Y. HUWART et L. VERDIER, *op. cit*.

[9] F. WAGRET, « La fin de la culture du secret : le brevet, élément de la stratégie de développement des entreprises françaises », *Les petites affiches*, 2000, n°11, p. 11.

[10] S. BOIRON et al., *Les secrets du droit – Secret, droit et cinéma*, actes du colloque organisé dans le cadre de la 5ème édition du Festival ciné-droit, avril 2013, L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2014.

[11] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9ème édition mise à jour, août 2011, pp. 938-940.

[12] *Ibid*., p. 40.

En conséquence, la protection du secret des affaires serait les « moyens destinés à défendre un droit [ou] une situation »[13] qui serait constitué par les informations cachées dans le cadre de l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière et dont la divulgation serait interdite. Toutefois, une telle définition semble très simple et réductrice pour une notion rassemblant autant d'enjeux qu'un « secret des affaires ». Ainsi, il convient plutôt de tenter une définition plus globale.

Il est possible d'envisager une telle définition au travers de la lecture de la thèse de Jean-Marie Garinot[14], qui réalise une telle opération de façon extrêmement précise et détaillée sur une importante partie de l'ouvrage. En effet, après avoir mentionné les définitions précédentes, l'auteur s'attarde quelque peu sur les propositions du Littré, qui précise que le substantif secret correspondait à « ce qui ne doit être dit à personne », tandis que l'adjectif secret était « ce qui n'est pas divulgué, ce que l'on tient caché », « ce qui n'est pas apparent » ou encore « ce qui est fermé au public ».

Toutefois, l'auteur découvre à ce niveau la difficulté de réaliser une définition de l'expression entière « secret des affaires », celui-ci reprend ainsi les paroles du professeur M.-A. Frison-Roche, qui explique que « nul n'a jamais défini ce que l'on doit entendre par « secret des affaires » »[15]. Ainsi, au-delà de la complexité de l'opération, celle-ci semble avant tout devoir être une création, une découverte. Quelques tentatives sont cependant mises en lumière au sein de l'ouvrage, à l'image de celle du professeur R. Saint-Alary[16] qui distinguait les « secrets de production », tenant au savoir-faire, des « secrets de situation », qui concernent la gestion et les finances de l'entreprise. Une telle distinction se rapprochant, selon l'auteur, de la distinction opérée par le droit suisse entre les « secrets d'affaires » et les « secrets commerciaux ». Une deuxième et dernière tentative très intéressante peut ici être envisagée, il s'agit de celle du professeur J. Huet[17], qui définit le secret des affaires comme étant « un ensemble d'informations accessibles comme telles à un nombre limité de personnes et que l'entreprise, d'une part, était en droit de conserver pour elle-même, tout en étant en partie protégée contre certaines divulgations non autorisées et, d'autre part, pouvait communiquer à des cocontractants auxquels elle désire en transmettre la connaissance, à charge, pour eux aussi de les garder secrètes ».

Ces différents éléments mettent donc en lumière l'absence de définition globale de la notion, les différentes tentatives et propositions étant variées, et parfois même contradictoires. Il convient donc de se contenter d'une définition simple de ce concept, qui ne pourra réellement être appréhendé que par l'étude des outils pratiques permettant de l'assurer, J.-M. Garinot a ainsi très simplement écrit que « le secret des affaires [concernait] donc les informations dissimulées par un individu, pour les besoins de son activité professionnelle »[18] et que la loi ne lui oblige pas de révéler.

Par ailleurs, l'absence d'une véritable définition a récemment été soulignée par la Cour de cassation[19], celle-ci précisant alors son utilisation de la définition donnée par l'arrêt *Postbank c. Commission*[20] du Tribunal de première instance des Communautés européennes : « les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci ». Le secret des affaires est donc une notion relativement floue en droit positif.

---

[13] *Ibid*., p. 815.
[14] J.-M. GARINOT, *Le secret des affaires*, thèse, Dijon, 2011, LexisNexis, 2013.
[15] M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, p. 167 – cité par J.-M. GARINOT, *ibid*., p. 5.
[16] R. SAINT-ALARY, « Le secret des affaires en droit français » *in Le secret et le droit (journées libanaises)*, travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXV, 1974, Dalloz, 1976, p. 264 – cité par J-M. GARINOT, *idem*.
[17] J. HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information » *in Secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'administration*, actes du 17ème colloque de droit européen, éd. Conseil de l'Europe, 1987, p. 88 – cité par J.-M. GARINOT, *ibid*., pp. 5-6.
[18] J.-M. GARINOT, *ibid*., p. 1.
[19] *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010.
[20] TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank NV c. Commission*, aff. T-353/94.

Malgré cette difficulté à définir une notion semblant pourtant simple, il serait réducteur de penser que le concept serait par conséquent étranger au droit français, qui n'en prendrait pas en compte les problématiques. Ainsi, de nombreuses matières interviennent aujourd'hui dans une optique de protection des informations sensibles des entreprises, il s'agit notamment de la propriété intellectuelle, au travers des législations sur le droit d'auteur, sur les brevets et les secrets de fabrication, mais également des législations intéressant l'informatique, à l'image de la célèbre loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978, puis du droit des affaires, avec notamment les considérations au sujet de la concurrence déloyale, ou encore du droit pénal, notamment pour les questions de secret professionnel[21].

Au-delà de ces matières particulières, le droit civil est également fondamental dans l'optique d'une protection des secrets d'affaires, majoritairement grâce à la technique contractuelle. Celle-ci va effectivement permettre de stipuler des clauses de confidentialité, clauses de style dans une grande partie de la pratique contemporaine des contrats. Ces dernières ne sont néanmoins pas les seuls outils contractuels intéressants puisqu'il va être possible de stipuler des clauses de non-utilisation des informations divulguées dans le cadre de relations d'affaires, mais aussi des clauses de non-concurrence ou des clauses d'arbitrage, ces dernières permettant d'éviter la nécessaire publicité intervenant avec la justice étatique.

Le secret des affaires est donc un concept au cœur du droit privé, faisant intervenir des matières diverses et variées afin de limiter les fuites potentielles d'information, celles-ci intéressant des acteurs tout aussi divers et variés, par exemple : « salariés actuels et anciens, concurrents, gouvernements étrangers, entrepreneurs indépendants, distributeurs, analystes de l'intelligence économique, etc. »[22]. Ces différents éléments agglomérés permettent de mettre en lumière un « régime [légal] d'appropriation spécifique » des informations confidentielles des entreprises qui, lorsqu'il ne pourra être mise en œuvre, devra conduire les entreprises à privilégier le secret, « seule voie de réservation du savoir-faire »[23].

Le concept de secret des affaires constituerait donc l'unique moyen de protéger les « informations confidentielles » lorsque la loi ou le contrat ne permettent pas d'assurer une confidentialité suffisante pour ces données sensibles de l'entreprise. Ainsi, « le secret des affaires concerne donc les informations dissimulées par un individu, pour les besoins de son activité professionnelle : comme l'a écrit Savatier, « le secret des affaires n'a jamais été tourné vers le sacré, mais vers l'utile : il ne concerne pas la personne, mais le patrimoine » »[24]. Le secret des affaires est donc innovant en ce sens qu'il permet d'envisager une protection globale des données sensibles des entreprises. Il permettrait ainsi une protection concrète et pratique, par la simple dissimulation des informations sensibles, contrebalançant l'espionnage industriel rendu plus aisé avec le développement des nouvelles technologies (*cf. supra*) et se camouflant derrière les lacunes d'un système actuel trop morcelé pour offrir une protection globale aux entreprises, voire parfois utilisant les obligations légales de publicité ou de transparence : dépôt des comptes, publicité des instances judiciaires, mais aussi procédure américaine extraterritoriale de *discovery*, etc.

Bien que perçu comme étant innovant, le secret des affaires est pourtant un concept intervenant concrètement dès le XVIIème siècle. En effet, l'Ordonnance de 1673 dite « de Colbert », qui fut une sorte de « premier code des affaires en Europe »[25], imposa par exemple l'obligation de tenir une comptabilité devant

---

[21] V. « Exposé des motifs » de la *Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires*, Assemblée nationale, n° 2139, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 20114, pour une énumération plus détaillée.

[22] C. PACINI et al., « Fighting economic espionage with state trade secret laws », *International journal of law management*¸2008, vol. 50, n° 3, pp. 121-135 : "Espionage activities are conducted by current and former employees, competitors, foreign governments, independent contractors, vendors, business intelligence analysts, and others".

[23] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessin et modèles*, LGDJ, 3ème édition, 2014, p. 372.

[24] R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 161 – cité par J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 1.

[25] J. MONEGER, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *RIDE*, 2004/2, p. 171 et s.

être déposée au greffe, règle fondamentale reprise dans le Code de commerce de 1807. Cette ordonnance fit l'objet d'un commentaire du financier Jacques Savary dans son ouvrage *Le parfait négociant*[26], où il explique que les commerçants refusaient de respecter cette règle afin de ne pas dévoiler leur situation financière à leurs créanciers. Le secret des affaires est donc une notion fondamentalement liée aux notions contraires de publicité et d'information sur la vie des affaires, ces deux derniers points étant historiquement repoussés par les commerçants pour des considérations de vie privée, de discrétion et de concurrence : « tout ne doit pas être divulgué n'importe quand, n'importe comment et à n'importe qui »[27].

Des premières tentatives de définition d'une notion de secret des affaires sont intervenues, de façon plus contemporaine, dès la fin du XIXème siècle dans la littérature juridique américaine des universités de Harvard[28] et de Yale[29]. La première s'interrogeait ainsi sur la nécessité de recourir au concept de contrats implicites (*implied contracts*) afin de pouvoir justifier la sanction d'une simple violation de la confiance (*breach of trust*) lors de la divulgation des secrets d'affaires (*trade secrets*) par un salarié, cela alors même que l'équité devrait prévenir une telle situation y compris en l'absence de stipulation d'une clause de confidentialité. Bien que peu significatifs, ces articles permettent de démontrer un intérêt ancien pour une telle notion *sui generis* de secret des affaires.

Par ailleurs, la littérature juridique française n'est ici pas en reste puisqu'il est possible de mentionner une thèse réalisée en 1900 par M. Mayer[30] qui traitait d'un « désir du secret (…) particulièrement vif » pour les commerçants en raison de « l'activité de la concurrence, la rapidité et la sécurité des transports qui ouvrent les marchés au commerce international, l'extension des grands magasins et de la grande industrie, les variations de la mode, les transformations subites des procédés de fabrication (…) », justifications qui semblent encore aujourd'hui parfaitement actuelles.

Une deuxième thèse d'importance peut également être mentionnée, soutenue par F. Angé en 1968[31], qui traitait d'un repli de la bourgeoisie d'affaires sur elle-même entrainant « un voile opaque autour de tout ce qui concerne sa fortune et ses affaires ». Ces différents traitements de la notion permettent donc d'observer un intérêt ancien pour cette confidentialité des affaires.

L'historique de cette notion ne doit pas cependant pas laisser penser que celle-ci serait fixée dès ses premiers développements, ses justifications et enjeux, tout en conservant une certaine continuité, se renouvelant parfois plutôt radicalement.

Tout d'abord, il convient de voir que l'intérêt pour un secret des affaires est extrêmement vif aujourd'hui, alors que 56% des entreprises interrogées lors d'une récente enquête de la Commission européenne exposaient avoir subi une perte de chiffre d'affaires suivant des détournements ou tentatives de détournements de secrets d'affaires. 44% de ces entreprises interrogées avaient également dû réaliser des dépenses d'enquête interne, tandis que 35% ont ensuite dû mettre en place des dépenses de protection de leurs secrets[32]. Une autre étude réalisée entre janvier 2012 et mai 2013 avait également révélé que « 20% des entreprises avaient subi au moins une tentative d'appropriation illicite de secrets d'affaires au cours des dernières années, avec une tendance haussière (…) », appropriations réalisées par les concurrents, les anciens employés ou les clients[33]. Une meilleure protection des secrets d'affaires doit donc s'imposer en raison de l'impact économique et financier de telles divulgations et tentatives de divulgation de secrets d'affaires.

---

[26] J. SAVARY, *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce de toute sorte de marchandises, tant de France, que des pays étrangers*, Paris, 1675.

[27] Y. GUYON (dir), *Droit des affaires. Tome 1 – Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12ème édition mise à jour, août 2003, pp. 1011-1013.

[28] « Trade secrets », *Harvard law review*, 25 novembre 1897, vol. 11, n° 4, pp. 262-263.

[29] B. STEINER, « Trade secrets », *The Yale law journal*, mai 1905, vol. 14, n° 7, pp. 374-379.

[30] M. MAYER, *Le secret des affaires commerciales*, thèse, Paris, 1900.

[31] F. ANGÉ, *Le secret des affaires*, thèse, Toulouse, 1968.

[32] S. JOISSANS, *Proposition de résolution européenne présentée au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur la proposition de directive relative à la protection des secrets d'affaires (texte E 8922)*, Sénat, n° 587, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.

[33] *Idem*.

Afin de protéger les entreprises contre ces pertes non négligeables et de corriger les défauts des systèmes internes disparates alors en place au sein de l'Union, la Commission européenne a formulé en novembre 2013 une proposition de directive « sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite »[34]. Cette proposition voulait donc harmoniser les droits internes hétéroclites afin de mettre en place une véritable « légitime défense »[35] des entreprises leur permettant de protéger leurs secrets d'affaires et de stimuler la compétitivité des entreprises européennes[36]. Par ailleurs, la notion-même de secret des affaires fut précisée de manière bienvenue dans le cœur de la directive, mais également dans son intitulé, ce dernier reprenant les divers éléments exposés jusqu'à maintenant que sont les informations confidentielles (ici « informations non [divulguées] ») et les savoir-faire également non divulgués.

Cette directive fut adoptée le 8 juin 2016[37], à la suite de très nombreux débats quant à l'impact d'un tel régime de protection sur les droits et libertés fondamentaux des citoyens européens, et plus particulièrement certains d'entre eux : les journalistes et lanceurs d'alerte. Pour répondre à une vague d'indignation des journalistes[38], le Conseil de l'Union européenne, suivant son adoption de la directive, apporta quelques précisions dans un communiqué de presse[39] exposant que « la directive est conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'UE » et qu'ainsi « les nouvelles mesures garantissent pleinement que le journalisme d'investigation pourra s'exercer sans nouvelles restrictions, notamment en ce qui concerne la protection des sources des journalistes ».

Par ailleurs, réduire l'actualité de la protection du secret des affaires à cette innovation européenne serait extrêmement dommageable, la France ayant connu une activité parlementaire intense sur cette question dans les dernières années avec quatre rapports d'importance entre 2003 et 2014, mais aussi cinq propositions de loi entre 2004 et 2014 visant à intégrer cette notion. Ces différentes propositions échouant suite aux mêmes critiques que celles intervenues vis-à-vis de la directive sur la balance des intérêts entre secret et libertés d'expression et d'information. De tels échecs s'avéraient dommageables, ces propositions faisant suite à une prise de conscience de l'intérêt à mettre en place une « intelligence économique » en France afin de corriger ce que J.-P. Raffarin, Premier ministre de l'époque, avait qualité de « grave lacune pour la protection du patrimoine des entreprises »[40].

Ces considérations purement internes, malgré leur importance pour appréhender le système français de protection des secrets d'affaires, n'ont aujourd'hui plus véritablement d'intérêt du fait de la nécessaire transposition de la directive susmentionnée devant intervenir avant le 8 juin 2018.

---

[34] *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*, Commission européenne, 28 novembre 2013, 2013/0402 (COD), COM (2013) 813 Final.

[35] O. de MAISON ROUGE et J.-P. VUILLERME, « Le secret des affaires, une légitime défense pour les entreprises », *Les Echos*, 16 décembre 2016, www.lesechos.fr/16/12/2016/LesEchos/22341-050-ECH_le-secret-des-affaires--une-legitime-defense-pour-les-entreprises.htm (site consulté le 24 août 2017).

[36] O. COUSI, « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », *Le Monde*, 10 novembre 2014, www.lemonde.fr/entreprises/article/2014/11/10/protegeons-le-secret-qui-protege-nos-entreprises_4521469_1656994.html (site consulté le 24 août 2017). – V. également Conseil de l'Union européenne, *New EU framework for protection of trade secrets*, communiqué de presse, Bruxelles, 26 mai 2014, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/142780.pdf (site consulté le 24 août 2017).

[37] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[38] Reporters Sans Frontières, *Adoption de la directive sur le secret des affaires : le journalisme d'investigation doit être sauvegardé*, 14 avril 2016, www.rsf.org/fr/actualites/adoption-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-le-journalisme-dinvestigation-doit-etre (site consulté le 24 août 2017).

[39] Conseil de l'Union Européenne, *Protection des secrets d'affaires : Le Conseil adopte une nouvelle directive*, communiqué de presse, Bruxelles, 27 mai 2016.

[40] B. CARAYON, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, rapport au Premier ministre, La Documentation Française, 2003.

Enfin, il est impossible de traiter de la protection du secret des affaires sans mentionner l'existence des Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), texte annexé à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et protégeant les « renseignements non divulgués ». En effet, cet accord, fortement inspiré du système américain issu de l'*Uniform Trade Secrets Act* (UTSA) de 1979, a été lui-même une source d'inspiration fondamentale pour la directive européenne du 8 juin 2016.

Le système juridique français se trouve donc actuellement dans une période de transition entre un précédent système interne peu efficient et éparpillé, appréhendant l'idée de secret des affaires dans sa pratique mais n'organisant pas une protection globale dudit secret, et la transposition attendue de la directive européenne du 8 juin 2016, cette dernière voulant révolutionner la protection « des savoir-faire et des informations non divulgués » des entreprises.

Cette période transitoire appelle donc une étude afin de faire le point sur les outils permettant aujourd'hui de protéger les secrets d'affaires, tout en en faisant une critique du point de vue de leur trop grande dispersion conduisant à un manque d'efficience et de compétitivité sur les marchés. Une telle étude devra également permettre de souligner la prise en compte à venir d'un véritable secret des affaires de façon globale, plutôt qu'à de multiples mécanismes permettant d'appréhender les secrets d'affaires au cas par cas. Cette innovation, qui « est au XXIème siècle ce que le brevet a été pour l'entreprise dans les deux siècles précédents »[41], doit cependant se voir imposer des limites strictes, qu'il conviendra d'envisager concrètement via cette étude, afin de protéger les droits et libertés fondamentaux qu'elle semblerait remettre en cause selon ses détracteurs.

Par conséquent, il est aujourd'hui nécessaire de voir dans quelle mesure la protection du secret des affaires nécessitait la création d'une notion juridique propre en remplacement des précédents mécanismes utilisés jusqu'alors dans cette optique de confidentialité des informations sensibles des entreprises.

Il est donc possible de se demander, plus simplement, dans quelle mesure le droit français appréhende-t-il la nécessité d'une protection des secrets d'affaires ?

Pour cela, il conviendra de voir, dans un premier temps, les limites d'un système positif dualiste de protection du secret des affaires (partie I), avant de voir, dans un second temps, le développement européen d'une véritable protection du secret des affaires (partie II).

[41] S. MARCELLIN, T. du MANOIR de JUAYE, *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2016.

Partie I – Les limites d'un système positif dualiste de protection du secret des affaires

Une simple protection matérielle et technique des secrets d'affaires ne semble pas suffire, notamment au regard des technologies actuelles et de la pratique quotidienne des affaires, une protection juridique doit donc être mise en place. Une telle appréhension juridique de la notion permet ainsi de ne pas « s'en remettre au réalisme de Racine dans Britannicus : « il n'est point de secret que le temps ne révèle » »[42].

Ainsi, même s'il ne mentionne pas directement l'expression « secrets d'affaires », le droit positif interne appréhende nécessairement certaines problématiques de ce secret et a pu développer une protection appropriée sur celles-ci. Cette protection s'organise sous forme duale, avec tout d'abord une protection légale des secrets d'affaires s'organisant grâce à la combinaison de dispositions extrêmement variées, caractère ayant contribué à une complexité importante du régime de protection qu'un travail législatif proactif n'a pas réussi à enrayer. Ensuite, le deuxième volet de ce système dual consiste en une protection contractuelle des secrets d'affaires qui, bien que permettant une adaptabilité bien plus importante aux situations concrètes des entreprises, doit être relativisée en raison de son échec pratique à assurer une protection intéressante pour les entreprises.

Il est donc nécessaire de faire le point sur ces différents instruments protégeant les secrets d'affaires, ceux-ci constituant le « défi juridique du XXIème siècle (…) à une époque où la transparence est érigée en vertu cardinale »[43]. Mais une critique du point de vue de leur trop grande dispersion sera également essentielle, cette dispersion conduisant à un manque d'efficience véritablement dommageable.

Pour cela, il convient de voir, tout d'abord, l'inadéquation de la protection légale des secrets d'affaires aux besoins des entreprises (section 1), avant de voir, par la suite, l'hétérogénéité de la protection contractuelle des secrets d'affaires (section 2).

Section 1 – L'inadéquation de la protection légale des secrets d'affaires aux besoins des entreprises

Dans le cadre de l'étude du droit positif de la protection des secrets d'affaires, il est donc nécessaire de procéder par étape en débutant par une synthèse de la protection légale des secrets d'affaires. Cette protection, qui fait intervenir de nombreuses matières, souffre d'un morcellement préjudiciable à l'accessibilité et à la cohérence de ce système, défauts qu'une activité parlementaire intense a tenté – malheureusement sans succès – de corriger dans la période récente.

Il conviendra donc ici de voir, premièrement, l'éparpillement des dispositions protégeant les secrets d'affaires (A.), puis de voir, deuxièmement, l'inaboutissement des propositions contemporaines de réforme de cette protection des secrets d'affaires (B.).

A. L'éparpillement des dispositions protégeant les secrets d'affaires

La protection des secrets d'affaires par la loi souffre donc d'un défaut très important, celui d'être une protection éclatée entre de nombreuses matières ayant parfois peu de liens entre elles. En effet, l'appréhension du secret des affaires et de sa protection nécessite de faire intervenir, sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité dans le cadre de cette étude : le droit civil, le droit pénal, le droit social, la propriété intellectuelle, le droit financier et boursier, le droit de la concurrence, etc.[44] D'autres matières semblant à

[42] J. RACINE, *Britannicus*, 1669, acte IV, scène 4 cité par J.-C. MARIN, « Le secret des affaires – Avant-propos », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1454.

[43] O. COUSI, *op. cit*.

[44] Pour plus de détails, V. notamment : C. MATHON et al., *La protection du secret des affaires : enjeux et propositions*, rapport du groupe de travail présidé par C. MATHON, Mission du Haut responsable chargé de l'intelligence économique, 17 avril 2009.

première vue éloignées du sujet, telles que la procédure civile ou le droit administratif, doivent également être mobilisées pour avoir une vision globale des enjeux du sujet.

Dans une optique de simplicité, il convient de séparer l'observation des dispositions issues du droit commun (1.), des dispositions issues de matières spéciales (2.).

1. Les dispositions issues du droit commun

Le droit commun, c'est-à-dire le droit « qui s'applique en principe (sauf exception) à toutes les personnes et à toutes les affaires »[45], va donc permettre de protéger les secrets d'affaires de différentes manières.

Pourtant, il fait consensus au niveau doctrinal que la notion « n'a pas d'existence juridique stabilisée et de définition uniforme » en France[46]. Cette expression « secret des affaires » est d'ailleurs absente des textes puisqu'au-delà de textes européens (*cf. infra*) et des matières spéciales qui seront envisagées postérieurement, celle-ci n'est pas observée. Toutefois, comme l'a notamment fait la jurisprudence, la notion peut être appréhendée de façon indirecte dans les textes. Ce droit commun protégeant le secret des affaires va ressortir essentiellement de trois matières : le droit civil, le droit pénal et le droit du travail.

Il convient donc d'envisager successivement la protection délicate des secrets d'affaires en droit civil (a.), la réification de l'information intervenant en matière pénale (b.), puis enfin la protection des secrets d'affaires contre les salariés (c.).

a. Une protection délicate des secrets d'affaires en droit civil

Les informations confidentielles : une chose commune ? – La protection du secret des affaires va être rendue difficile par son absence de définition légale, au sens large du terme. En effet, une telle absence de formalisation va avoir pour effet d'interroger quant à la nature même des éléments protégés par le secret des affaires, ceci déterminant le régime de la protection.

Comme exposé précédemment, le secret des affaires a pour objectif la protection des informations confidentielles des entreprises. Or, l'information n'est pas un bien, elle est une chose commune appartenant au domaine public et qui « n'est que très exceptionnellement réservée par le droit »[47]. Aucune propriété ne peut donc théoriquement intervenir sur ces informations, le secret a donc ici toute son utilité en empêchant concrètement les intervenants extérieurs à l'entreprise de prendre connaissance de ces informations. Cet effet concret aurait pour conséquence, selon J.-M. Garinot, de créer une sorte de possession du secret protégeant le possesseur de ce dernier contre une divulgation. Malgré l'impossibilité d'obtenir un droit privatif sur l'information, une véritable analogie avec la propriété est donc ici développée et vient complexifier une notion déjà peu claire.

Toutefois, l'information confidentielle ne peut se voir daigner une valeur économique, la jurisprudence de la Cour de cassation ayant notamment pu appréhender le savoir-faire comme constituant « une avance technologique ou commerciale » et comme étant un « avantage concurrentiel, secret et original »[48]. Cette valeur va donc justifier la recherche d'une protection pour ces informations dès lors que la loi n'impose pas – au contraire – une certaine transparence (*cf. infra*).

Le régime légal du secret des affaires ne peut donc être organisé sur celui de droits privatifs, la protection civile des informations confidentielles va donc devoir se contenter d'une approche délictuelle.

---

[45] G. CORNU, *op. cit*., p. 204.

[46] J.-J. URVOAS, *op. cit*.

[47] E. LOQUIN, « Préface » *in* J.-M. GARINOT, *op. cit*., pp. 1-5.

[48] V. respectivement C. cass., 3ème civ., 13 juillet 1966, pourvoi n° 64-12.946 et C. cass., com., 10 décembre 2013, pourvoi n° 12.23.115, inédit. – V. observations de O. de MAISON ROUGE, « La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau », *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 23.

Une protection des secrets d'affaires par la responsabilité civile. – Faire intervenir la responsabilité délictuelle, reposant sur l'article 1240 du Code civil, va très logiquement amener à envisager la réunion des éléments constitutifs de la responsabilité civile, c'est-à-dire un dommage, un fait générateur et un lien de causalité. Afin de faciliter cette vérification, la doctrine se focalise plus précisément sur deux mécanismes : l'action en concurrence déloyale et le parasitisme économique.

En premier lieu, l'action en concurrence déloyale, qui obéit au régime de l'article 1240 susmentionné, va permettre de « faire cesser l'exploitation dommageable d'un secret »[49]. Celle-ci est d'ailleurs extrêmement intéressante puisque la Cour de cassation a pu juger que l'action « [avait] pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif »[50], dont les caractéristiques n'ont donc pas à être recherchées pour protéger le secret. Toutefois, malgré la désorganisation de l'entreprise pouvant survenir et constituant une manœuvre fautive justifiant l'action[51], la preuve à rapporter de la violation du secret d'affaires semble complexe hors utilisation de ce dernier par le concurrent, ce qui pourrait remettre en cause le caractère certain du préjudice[52].

En second lieu, la théorie du parasitisme économique est intervenue afin de combler ce défaut de l'action précédente. Le professeur Le Tourneau a précisé les contours du parasitisme dans une définition largement reprise par la doctrine :

> « Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifié, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée, apportant une valeur ajoutée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un acte parasitaire fautif. Car cet acte de captation de la notoriété ou des investissements d'autrui, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est, en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et/ou l'indemnisation, lorsqu'elle ne dispose pas d'une autre action spécifique, et qu'elle n'a pas bénéficié d'un droit privatif ayant expiré (sauf en matière de signes) »[53].

Les éléments de la responsabilité civile doivent ici encore se retrouver, ce qui va s'avérer très complexe du point de vue du lien de causalité, tandis que la faute et le préjudice vont être appréhendés de façon extensive[54]. Dans le cas où il y aurait concurrence, le parasitisme serait alors sanctionné au travers de l'action en concurrence déloyale[55] (*cf. supra*). A l'instar de cette dernière, le parasitisme souffre de sévères critiques, notamment vis-à-vis de l'absence de droits privatifs qui viendrait « bouleverser l'équilibre de la propriété intellectuelle »[56] étant donné que cette absence n'empêche plus une appropriation pratique.

Enfin, F. Angé, dans sa thèse de 1968, posait la question de savoir s'il n'était pas tout simplement possible de recourir à l'article 1382 ancien du Code civil pour « constituer une protection de droit commun du secret des affaires »[57], une telle perspective est assurément contemporaine mais n'a malheureusement pas connu de suites. En outre, les deux actions précédemment exposées se consacrent aux situations de concurrence, mais hors d'une telle situation il sera bien plus complexe de caractériser le préjudice allégué[58].

---

[49] O. WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) – Etude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994.
[50] C. cass., com., 3 octobre 1978, pourvoi n° 77-10.915, publié au bulletin.
[51] C. TILLOY, « Concurrence déloyale – Action en concurrence déloyale », *JCL Procédures*, fasc. 10, 16 août 2016.
[52] D. MARTIN, « Le secret des affaires, notion en devenir », *Les petites affiches*, 31 juillet 2015, n° 152, p. 4.
[53] Ph. LE TOURNEAU, « Parasitisme – Notion de parasitisme », *JCL Concurrence – Consommation*, fasc. 570, mise à jour 27 juin 2017.
[54] S. MARCELLIN et T. Du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., pp. 134-135.
[55] C. cass., com., 26 janvier 1999, pourvoi n° 99-22.457, inédit.
[56] J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 9.
[57] F. ANGÉ, *op. cit*.
[58] J. HUILLIER, « Le parasitisme parasite-t-il la propriété intellectuelle ? », *Gazette du palais*, 2001, n° 312, p. 6.

D'autres fondements doivent donc être recherchés pour envisager une meilleure protection des secrets d'affaires.

La difficulté de recourir à d'autres fondements civils. – Au-delà de la responsabilité civile, les fondements d'une protection civile des secrets d'affaires vont être très faibles. La jurisprudence sur la question intervient quasi exclusivement sur les questions de procédure civile, notamment vis-à-vis de l'article 145 du Code de procédure civile, la recherche de la preuve ne pouvant nier tout intérêt à la conservation des secrets d'affaires, cependant la préférence de la Haute-Juridiction semble aller vers le premier objectif[59] (*cf. infra*).

D'autres fondements ont pu ponctuellement intervenir, la cour d'appel de Paris a ainsi jugé en 1924 dans un arrêt *Didot Bottin*[60] qu'un « droit privatif [résultait nécessairement] de toute industrie humaine », droit pouvant conduire à retenir une action sur le fondement de l'enrichissement sans cause dans le cas où la partie s'enrichissant aurait eu un bénéfice commercial. Un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 novembre 1963 a également considéré que « l'exploitation d'une invention non brevetée d'autrui [pouvait] engendrer un enrichissement sans cause »[61]. Ce dernier fondement, qui semble notamment intéressant dans le cas où des parties auraient un temps envisagé de contracter, auraient procédé à un échange d'informations, puis n'auraient pas abouti dans ce processus, ne convainc pas tous les auteurs, la preuve de l'appauvrissement étant trop difficile à rapporter[62] et les décisions précitées discutables[63].

Une protection par le nouvel article 1112-2 du Code civil. – Cet article, inspiré de l'article 25 du projet Terré et reprenant la jurisprudence[64], prévoit que la responsabilité civile est engagée lors de l'utilisation ou de la divulgation d'une information confidentielle obtenue lors des négociations. Cet article « a surtout une vertu pédagogique [en rappelant] aux négociateurs que leurs pourparlers doivent être gouvernés par la bonne foi »[65], il « instaure un régime spécifique de protection du secret des affaires qui ne relève pas de la logique de la responsabilité contractuelle. En effet, ce régime emprunte un peu à l'action en concurrence déloyale et beaucoup à l'action en contrefaçon »[66].

Bien que partant d'une intention louable, ce nouvel élément ajoute donc de la complexité à la protection du secret des affaires par le droit civil, d'autant plus que l'action en concurrence déloyale de laquelle son régime s'inspire est elle-même contestée. Cette complexité met en lumière « la difficulté pour le législateur (…) de protéger de manière objective un élément subjectif »[67], cette subjectivité découlant de la valeur relative des informations confidentielles. Cette question de la valeur revient une nouvelle fois et permet de souligner l'importance des informations confidentielles, certains auteurs traitant même d'elles en tant que « patrimoine informationnel »[68] ou de « bien informationnel »[69] dans le cadre de ces tentatives de protection des secrets d'affaires. Un rapprochement de la propriété semble donc inévitable pour bénéficier d'une protection plus étendue que celle proposée par le droit civil en lui-même.

---

[59] C. cass., 2ème civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 95-21.934, publié au bulletin.
[60] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 134.
[61] O. WENIGER, *op. cit*., p. 269.
[62] V. notamment S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 134.
[63] O. WENIGER, *op. cit*., p. 269.
[64] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, supplément au Code civil 2016, Dalloz, 2015, pp. 11-12.
[65] A.-S. LUCAS-PUGET, « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », *Les petites affiches*, 14 novembre 2016, n° 226-227, p. 50.
[66] *Idem*.
[67] A. DIETZ et al., *La protection juridique des informations à caractère économique, enjeux et perspectives*, actes du colloque de la Fondation Prometheus, 18 octobre 2010, www.fondation-prometheus.org/publish/Actes_du_colloque_18%20octobre_2010.pdf (site consulté le 24 août 2017).
[68] F. HAGEL, « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », *Cahiers droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 3.
[69] G. BEAUSSONIE, « La protection pénale de la propriété sur l'information », *Droit pénal*, septembre 2008, n° 9, étude 19.

b. Une réification de l'information intervenant en matière pénale

La multiplication des affaires d'espionnage économique. – De nombreuses affaires sont intervenues dans la période récente et ont amené avec elles d'abondants questionnements quant à la protection du secret des affaires en raison de l'absence de fondements permettant une protection claire et prévisible.

Tout d'abord, une première espèce importante à mentionner voyait la société Michelin[70] agir contre un ancien salarié ingénieur qui, durant le préavis préalable à sa démission, avait récolté une grande quantité de données concernant un nouveau modèle de pneumatiques afin de les revendre à Bridgestone. Ce concurrent japonais informa Michelin de la tentative de son ancien salarié de vendre ces informations. Des poursuites ont été engagées sur trois fondements : abus de confiance, violation des secrets de fabrique et atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. Les deux derniers fondements n'ont pas été retenus, les informations confidentielles ne correspondant pas à un brevet non encore publié et l'entreprise n'étant pas considérée comme un intérêt fondamental malgré son classement en établissement à régime restrictif. S'agissant du fondement sur les secrets de fabrique, s'est ajouté aux motifs du rejet dudit fondement l'absence de description précise opérée par Michelin des savoir-faire intervenants dans le nouveau modèle de pneumatiques et qui ont fait l'objet de la tentative de divulgation, ceux-ci représentant une information intéressant les concurrents, la société ne souhaitait pas exposer au public ses secrets d'affaires. Une condamnation est donc intervenue sur le fondement de l'abus de confiance, même si celui-ci manquait d'un support matériel pour l'avocat O. de Maison Rouge, le salarié ayant téléchargé les informations sur son propre disque dur[71].

Par ailleurs, il est possible de mentionner quelques autres affaires, comme par exemple une espèce concernant la société Valeo[72], qui réussit également à faire condamner un stagiaire chinois pour abus de confiance, ou encore une espèce faisant intervenir le groupe Dassault[73] suite à une intrusion informatique dans leurs systèmes.

Ces différentes affaires sont similaires mais font chacune intervenir des fondements différents lors des poursuites, ceci rendant la loi peu prévisible alors même que ces espèces ne laissent pas de doutes sur la nécessité de donner lieu à des suites judiciaires afin de sanctionner la personne divulguant les secrets et de réparer le préjudice lié à ladite divulgation. Cette problématique découle encore une fois de l'absence de définition précise de la notion, ceci faisant apparaitre une différence majeure vis-à-vis de droits étrangers, à l'image du droit américain, qui répriment de telles situations sur un fondement propre (*cf. infra*).

La transformation prétorienne de la nature de l'information. – Malgré les lacunes du droit pénal illustrées par l'affaire Michelin précitée, il est nécessaire de voir que la matière pénale appréhende pourtant la protection du secret des affaires d'une manière bien plus importante que le droit civil. En effet, la jurisprudence a procédé à une réification de l'information par le biais d'arrêts condamnant le vol, l'abus de confiance ou le recel d'une information. L'information passant ainsi de chose à bien dans une optique de meilleure protection.

Concernant l'abus de confiance, la Cour de cassation a d'abord refusé durant longtemps le détournement de l'information[74], les textes sur l'abus de confiance portant seulement sur des biens. Puis, la Haute-Juridiction a peu à peu changé sa jurisprudence, jusqu'à admettre que l'abus de confiance peut être

[70] T. Corr. Clermont-Ferrand, 21 juin 2010, inédit. – V. T. du MANOIR de JUAYE, « Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes », Cahiers droit de l'entreprise, n° 5, septembre 2008, dossier 44.
[71] O. de MAISON ROUGE *in* A. DIETZ et al., *op. cit*.
[72] T. Corr Versailles, 18 décembre 2007, *L. contre Valeo*, 0511965021, inédit.
[73] T. du MANOIR de JUAYE, « Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes », *op. cit*.
[74] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 91.

caractérisé y compris lorsqu'il est question d'un bien incorporel tel qu'un numéro de carte bancaire[75] ou un projet de borne informatique[76].

S'agissant du recel, celui-ci n'est pas considéré comme pouvant s'appliquer aux informations, ce qui « faisait l'unanimité du fait de la rédaction du deuxième alinéa de l'article 321-1 »[77]. En effet, la Cour de cassation a exclu le recel d'information dans un arrêt Calvet de 1995[78], le recel ne pouvant porter que sur les choses, celles-ci étant en l'espèce nécessairement corporelles, à la différence des biens qui peuvent avoir un caractère incorporel comme le montre la jurisprudence précitée sur l'abus de confiance. Cette jurisprudence a été réaffirmée[79] par la suite et une condamnation de journalistes pour recel d'information a donné lieu à condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme[80]. Toutefois, il convient de noter que le recel d'un secret de fabrique[81] ou d'un secret professionnel[82] a pu être admis à plusieurs reprises, tout comme le recel des données d'un fichier client présentes sur un CD-Rom, c'est-à-dire d'un secret d'affaires[83].

Enfin, s'agissant du vol d'information, l'évolution a été bien plus claire et importante à partir de l'arrêt Logabax[84] admettant le vol d'usage, en passant par les arrêts Bourquin[85], Antoniolli[86], puis Graphibus[87] semblant admettre le vol du « contenu informationnel » puis de l'information elle-même, jusqu'à un arrêt du 20 mai 2015[88] fixant la jurisprudence en traitant l'information comme un bien. Ce dernier arrêt permet d'ailleurs d'observer une adaptation de la jurisprudence au numérique, l'arrêt concernant un vol de données présentes sur une partie non ouverte au public d'un site internet.

Cette transformation de la nature de l'information, la faisant devenir un bien, a donc permis au droit français de réprimer l'espionnage économique, ce qu'il ne permettait pas de faire auparavant étant donné l'absence de fondement propre. Toutefois, cette jurisprudence construite progressivement ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine, certains la jugeant « pas assez affirmée »[89], d'autres la rejetant[90], alors que certains auteurs considèrent que le secret des affaires dispose désormais de fondements solides permettant une protection « à 100% ou presque »[91]. Cette dernière position est cependant quelque peu extrême, les dispositions permettant de sanctionner la violation du secret des affaires étant lacunaires, voire même qualifiées de « droit mou »[92]. D'autres fondements doivent donc encore être observés.

c. Une protection des secrets d'affaires contre les salariés

Pour achever cette brève synthèse des matières de droit commun intervenant dans la protection des secrets d'affaires, il est nécessaire d'observer la protection que va organiser pour les entreprises le droit du

---

[75] C. cass., crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-84.522, publié au bulletin.
[76] C. cass., crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.285, publié au bulletin, note B. LAMY, *D.* 2005, p. 411.
[77] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 91.
[78] C. cass., crim., 3 avril 1995, *Calvet*, pourvoi n° 93-81.569, publié au bulletin.
[79] V. par exemple : C. cass., crim., 12 juin 2007, pourvoi n° 06-87.361, publié au bulletin.
[80] CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, requête n° 29183/95 : le recel d'information n'était ici qu'un prétexte pour condamner la publication des journalistes.
[81] C. cass., crim., 7 novembre 1974, pourvoi n° 72-93.034, publié au bulletin.
[82] C. cass., crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-86.491, inédit et C. cass., crim., 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-87.312, inédit.
[83] C. cass., crim., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-88387, inédit, note S. DETRAZ, *JCP G*, 2010, n° 51, 1273.
[84] C. cass., crim., 8 janiver 1979, *Logabax*, pourvoi n° 77-93.038, publié au bulletin.
[85] C. cass., crim., 12 janvier 1989, *Bourquin*, pourvoi n° 87-82.265, publié au bulletin.
[86] C. cass., crim., 1er mars 1989, *Antoniolli*, pourvoi n° 88-82.815, publié au bulletin.
[87] C. cass., crim., 4 mars 2008, *Graphibus*, pourvoi n° 07-84.002, inédit, note S. DETRAZ, *D.* 2008, p. 2213.
[88] C. cass., crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81.336, publié au bulletin.
[89] J.-M. GARINOT, *op. cit*.
[90] V. notamment Ch. LE STANC, « Une protection pénale du secret des affaires », *Propriété industrielle*, 2009, n° 2, p. 2.
[91] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 89.
[92] R. SALOMON, « Secret des affaires et droit pénal », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1461.

travail, les salariés étant des personnes disposant de nombreuses informations sensibles. Diverses sources de protection interviennent, il conviendra ici de voir simplement deux dispositions issues du Code du travail.

Les secrets de fabrique. – Le Code du travail met en œuvre une protection des secrets d'affaires au travers du premier alinéa de son article L. 1227-1, qui dispose que « le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros ». Cette protection est cependant plus restreinte que les secrets d'affaires tels que définis précédemment, celle-ci ne concernant que les secrets de fabrique et les salariés ou directeurs actuels de l'entreprise.

Malheureusement, cette notion n'est pas définie légalement, il est donc nécessaire de se rapprocher de la jurisprudence, qui a pu considérer récemment que « le secret de fabrique est un procédé de fabrication offrant un intérêt pratique et commercial pour l'entreprise qui le met en œuvre et le tient caché de ses concurrents »[93]. La réparation du préjudice découlant d'une violation des secrets de fabrique doit également, d'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur cette question, être intégrale sans créer pour la victime « ni perte, ni profit »[94].

Ces différents éléments permettent donc d'observer un outil très intéressant mais à la portée tout autant limitée, c'est ainsi que, à l'instar de l'affaire Michelin précitée, le secret de fabrique sera très souvent cumulé à diverses dispositions pénales dans les dépôts de plainte des victimes. Ses conditions de mise en œuvre très restrictives, sur le type de secret pouvant être protégé (*cf. supra*) et sur les personnes visées (seulement les directeurs et salariés, en omettant les stagiaires, intérimaires, etc.) font donc qu'il ne sera, en pratique, que très rarement le fondement d'une protection des secrets d'affaires.

Le devoir de loyauté du salarié. – L'article L. 1222-1 du Code du travail, qui dispose simplement que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi », permet d'introduire un dernier élément pouvant, en théorie, permettre de protéger les secrets d'affaires : la loyauté. Cette dernière découle de la bonne foi et fait que la déloyauté envers l'employeur découlant de la divulgation d'un secret pourrait être sanctionnée par la responsabilité civile délictuelle, ce qui renvoie aux développements précédents, avec la nuance que cette obligation étant générale, il peut être considéré que celle-ci trouverait à s'appliquer y compris à l'issue du contrat de travail.

Toutefois, ce fondement va développer des défauts inverses à ceux du précédent, la loyauté étant finalement beaucoup trop générale pour pouvoir trouver une application concrète et pouvoir être considérée comme étant un réel mécanisme de protection des secrets d'affaires.

En conséquence, les différents éléments présentés ci-avant permettent d'envisager le nombre élevé de mécanismes de droit commun protégeant l'entreprise contre la divulgation de ses secrets d'affaires. Cependant, ce nombre élevé va plutôt s'avérer être un véritable éparpillement de dispositions, celui-ci rendant par conséquent la protection légale des secrets d'affaires peu accessible et intelligible pour les entreprises. Un problème de sécurité juridique se pose donc, comme a pu le mentionner J.-J. Urvoas dans son rapport de 2014 précité, problème qui nécessite une intervention législative pour être corrigé. Cette intervention devra donc remettre en ordre les principales dispositions mentionnées, tout en n'omettant pas les nombreuses qui n'ont pu l'être, afin de créer un fondement unique, fondement qui devra opérer un choix entre la faveur à donner aux sanctions civiles ou aux sanctions pénales[95], chacune d'elles ayant ses avantages propres[96].

Cependant, il convient à présent de voir que le droit commun n'est pas seul à pouvoir proposer une protection légale des secrets d'affaires, des matières spéciales intervenant également lorsque des personnes, des situations ou des intérêts spécifiques, particuliers, sont en jeu.

---

[93] C. cass., crim., 12 février 2013, pourvoi n° 12-82.173, inédit.
[94] V. par exemple : C. cass., 2ème civ., 9 novembre 1976, pourvoi n° 75-11.737, publié au bulletin.
[95] Remarque : en France, la pratique semble actuellement avoir une nette préférence pour les sanctions pénales.
[96] B. WARUSFEL *in* A. DIETZ et al., *op. cit*.

2. Les dispositions issues de matières spéciales

La protection du secret des affaires par la loi, au-delà du droit commun tel qu'envisagé précédemment, va également avoir lieu grâce à de nombreuses dispositions spéciales, dont certaines doivent ici être envisagées. A l'inverse du droit commun, ces dispositions vont être spéciales puisque celles-ci ne vont pas s'appliquer par principe « à toutes les personnes et à toutes les affaires » (*cf. supra*).

Il conviendra tout d'abord de voir la protection du secret professionnel (a.), avant de voir la protection des secrets d'affaires par la propriété intellectuelle (b.), puis enfin la protection des secrets d'affaires par des fondements véritablement disparates (c.).

a. La protection du secret professionnel

La protection d'un secret en raison de sa communication à des personnes particulières. – L'article 226-13 du Code pénal prévoit qu'une personne dépositaire d'un secret par son état ou par sa profession peut être punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende en cas de révélation dudit secret. Cette infraction est relativement proche de celle de violation du secret de fabrique, mais elle s'en différencie en ce sens qu'il n'est plus ici question que de secrets uniquement de nature industrielle, mais de secrets de façon bien plus large[97]. En effet, la nature des secrets va ici peu importer, tandis que la nature de la personne à laquelle ces secrets sont communiqués, dans l'exercice de ses fonctions, va être fondamentale.

Cette protection va intervenir lorsque le secret a été divulgué intentionnellement par le dépositaire, il ne peut y avoir violation du secret professionnel par négligence ou par imprudence, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de caractériser une intention de nuire. Ce régime est important puisqu'il fait appel à la responsabilité pénale des dépositaires, dans une optique de préservation de la vie privée, tandis que le secret des affaires tel qu'il est envisagé protégerait les informations sans prendre en compte lesdits dépositaires. Bien qu'elle soit plutôt intéressante et d'ordre public, cette protection est donc restreinte, ceci d'autant plus que l'article 226-14 du Code pénal prévoit qu'elle va régulièrement céder face à l'intérêt public.

Quelques problèmes interviennent également du fait du régime particulier de ce secret, qui pourrait obéir à l'intérêt général en nécessitant la protection de la confidence faite aux professionnels concernés, mais qui obéirait également à l'intérêt privé en raison de l'utilisation du vocabulaire du contrat de dépôt par les textes : un tel contrat pourrait s'être formé lors de la confidence[98]. Cette question doctrinale a tout son sens du point de vue de l'extension qui a été faite du secret professionnel, l'intérêt privé pouvant avoir supplanté l'intérêt général avec cette extension.

L'extension des secrets professionnels à de nouvelles situations. – Une problématique fondamentale intervient vis-à-vis de ce secret en ce sens que le Code pénal, qui traite des dépositaires du secret de façon générale, ne précise pas l'identité de ces dépositaires concernés. Alors que certaines professions sont assurément couvertes par ce secret « de la confidence »[99] : professions médicales, ministres du culte, avocats, etc., d'autres professions font débat.

Ainsi, l'absence de définition claire du secret professionnel a pu conduire à son extension. Ainsi, dès 1885, la Cour de cassation étendait ce secret professionnel quant au secret lui-même : les informations apprises par le dépositaire[100] sont depuis protégées en plus de celles recueillies par la confidence. Mais est également intervenue une extension du point de vue des professionnels concernés. Cette « multiplication injustifiée » ayant pour conséquence de devoir, selon certains auteurs, distinguer plusieurs types de secret[101] : un « secret absolu » pour les professions précédemment visées, puis des « secrets relatifs » pour les

[97] A. DELMOTTE, *Les aspects juridiques de la valorisation de la recherche*, thèse, Grenoble, 2011, Mare & Martin, 2015, p. 450.
[98] V. PELTIER, « Révélation d'une information à caractère secret – Conditions d'existence de l'infraction – Pénalités », *JCL Pénal*, fasc. 20, 09 septembre 2016, n° 10 et s.
[99] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 40.
[100] C. cass., crim., 19 décembre 1885 – *ibid.*, p. 44.
[101] V. PELTIER, *op. cit*.

banquiers, experts comptables, fonctionnaires, etc. Une telle appréhension d'un secret professionnel non unitaire fait débat mais, bien que non prévue par les textes, semble parfaitement logique, un médecin ne pouvant avoir le même intérêt à conserver le secret de son patient qu'un banquier celui de son client.

L'observation pratique d'un secret professionnel non unitaire. – Ces divergences doctrinales et les difficultés liées à l'imprécision de la notion peuvent être concrètement observées dans la pratique.

En effet, le secret professionnel demeure une protection extrêmement forte pour les secrets liés à l'instruction, la jurisprudence ayant pu aller jusqu'à condamner des journalistes pour violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel dans le cadre de la médiatique affaire des écoutes téléphoniques de l'Elysée[102] (*cf. infra*). Cette protection est effectivement importante alors même que tous les intervenants à un procès ne sont pas concernés par ce secret de l'instruction (en sont libres les mis en examen, les parties civiles, etc.)[103].

Parallèlement, l'article L. 103 du Livre des procédures fiscales (LPF) prévoit un secret professionnel s'imposant aux agents de l'administration fiscale, cette protection se voulant très importante afin de justifier l'effacement du secret des affaires devant les obligations fiscales[104]. Une limite peut cependant être observée avec l'article L. 116 du même code, qui prévoit que ce secret fiscal s'efface également devant les demandes de certaines institutions telles que l'Autorité de la concurrence ou la Cour des comptes. Enfin, l'article L. 13-0 A du LPF va prévoir que le secret des professions réglementées s'impose à l'administration fiscale, le secret professionnel s'imposant aux agents de cette dernière ne va donc pas permettre de prendre connaissance des informations protégées par d'autres secrets professionnels.

Enfin, le secret bancaire prévu par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoit une protection des secrets qui semble bien faible par comparaison aux précédents, celle-ci comportant de très nombreuses exceptions. Une hiérarchie des différents secrets semble donc concrètement visible. De la même façon, le secret prévu à l'article L. 2325-5 du Code du travail pour les membres du comité d'entreprise ne peut avoir les mêmes prérogatives que les secrets préalablement exposés. Cette hiérarchie n'est d'ailleurs pas spécifique au droit interne, celle-ci étant par exemple visible au sein de l'arrêt *AKZO c. Commission* de 1986[105].

Bien qu'intéressante, la protection des secrets d'affaires permise par le secret professionnel est très difficile à appréhender clairement, son régime est ainsi morcelé et parfois très limité, d'autres outils de protection doivent donc être envisagés.

b. La protection des secrets d'affaires par la propriété intellectuelle

L'attribution de droits privatifs par les mécanismes de propriété intellectuelle. – L'alinéa 1er de l'article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation ». Ce titre de propriété industrielle est précisé par l'article L. 611-2 du même code, qui traite notamment des brevets d'invention.

Le brevet d'invention est donc un titre de propriété sur une invention conférant à son propriétaire un droit exclusif d'exploitation lui permettant de réserver son bien[106]. Ainsi, le brevet va notamment empêcher l'invention protégée de tomber dans le domaine public tout en protégeant l'inventeur contre l'utilisation de son invention par les tiers, le brevet étant opposable à ces derniers. En outre, la propriété intellectuelle va prévoir des sanctions extrêmement fortes, civiles et pénales, pour assurer cette protection. Ces sanctions vont notamment passer par l'action en contrefaçon pour être prononcées et vont pouvoir consister en une interdiction d'usage, une confiscation ou encore une peine d'amende et/ou d'emprisonnement.

---

[102] C. cass., crim., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-85.188, publié au bulletin.
[103] S. BOIRON et al., *op. cit*.
[104] A. LOUVARIS et P. SCHIELE, « Secret des affaires et droit fiscal – Quelques notations sur un duo ambivalent », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1459.
[105] CJCE, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission*, 24 juin 1986, aff. 53/85.
[106] Articles L613-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

Parallèlement au brevet, il convient de mentionner d'autres mécanismes de propriété intellectuelle permettant l'attribution de droits privatifs. Tout d'abord, l'alinéa 1er de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Il s'agit ici du droit d'auteur, qui vise des « œuvres », énumérées par l'article L. 112-2 du même code, différentes des inventions protégeables par le brevet. Ce droit d'auteur va comprendre des droits moraux perpétuels et des droits patrimoniaux pour une durée correspondant à la vie de l'auteur puis les soixante-dix années suivant son décès.

Enfin, le Code de la propriété intellectuelle envisage également deux autres mécanismes : les dessins et modèles[107] et les marques de fabrique, de commerce ou de service[108]. Par commodité, ces deux derniers mécanismes ne seront pas développés par la suite.

Une protection par le brevet limitée par nature. – Protéger ses secrets d'affaires au travers de la propriété intellectuelle est une opération ambivalente qui, bien qu'étant perçue comme puissante, est finalement problématique pour trois points : la publicité qu'elle impose, sa restriction d'un point de vue spatio-temporel et sa restriction quant aux inventions pouvant être brevetées.

Premièrement, l'obtention de droits privatifs va se faire en échange d'une divulgation de l'invention. Cette divulgation ne va pas être immédiate mais va intervenir à l'issue d'un délai de dix-huit mois après le dépôt. A l'issue de ce délai, les informations sur l'invention sont publiées et tomberont, à l'issue de la période de protection accordée par le brevet, dans le domaine public et « [enrichiront] les connaissances techniques communes »[109].

Deuxièmement, le brevet est donc effectivement limité dans sa durée, l'article L. 611-2 précité disposant que le brevet d'invention est délivré pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande. Il est également limité dans l'espace puisqu'un brevet français devra donner lieu à un autre dépôt dans chaque pays où l'inventeur souhaite protéger son invention, à l'exception des brevets qui seraient accordés par l'Office européen des brevets[110].

Troisièmement, le brevet ne peut pas prendre en compte les seules informations, qui sont alors généralement traitées en tant que savoir-faire. Cette ignorance des informations revient à la conception des informations du droit civil où ces dernières ne sont finalement pas appréhendées par le droit du fait de leur caractère ésotérique. Le brevet va donc concerner les inventions telles que prévues par les articles L. 611-10 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Une telle limitation des brevets se comprend aisément, l'attribution de droits privatifs sur une invention ne pouvant pas être illimitée afin de ne pas remettre en cause les libertés d'expression, du commerce et de l'industrie, etc. (*cf. infra*).

Une protection de certaines informations par le droit d'auteur. – Le brevet échouant à protéger les informations et ne pouvant protéger que les secrets d'affaires qui correspondraient à ce que le Code de la propriété intellectuelle entend par invention, il convient de rechercher d'autres mécanismes. Le droit auteur va ici être intéressant en ce sens qu'il va permettre de protéger les bases de données. En effet, l'article L. 342-1 du code prévoit des droits pour le producteur de bases de données permettant d'en assurer la non-utilisation et, par conséquent, la confidentialité. Cette protection va avoir une durée importante, de quinze ans, à compter du 1er janvier de l'année civile suivant l'achèvement de la base de données, date variant donc aussi régulièrement que la base est mise à jour de façon substantielle.

D'autres œuvres vont pouvoir être protégées par le biais du droit d'auteur, il s'agit notamment des logiciels, codes informatiques, formulations, etc. Tous ces éléments peuvent donc aisément rentrer dans la notion de secrets d'affaires. La difficulté va cependant être la preuve de l'antériorité de ces œuvres par rapport

[107] Art. L. 511-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.
[108] Art. L. 711-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.
[109] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 198.
[110] Office européen des brevets, www.epo.org, mis en place par la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973.

à d'éventuelles copies. Cette preuve devra donc être organisée préalablement, par exemple par le biais d'une enveloppe Soleau si les conditions restrictives de cette formalité sont satisfaites.

En conclusion, le droit d'auteur, même s'il semble plus intéressant que le brevet d'invention puisque la protection des œuvres s'organise indépendamment de leur support, demeure limité dans la protection qu'il organise : aucun dépôt ou enregistrement n'étant ici nécessaire, la preuve de l'antériorité peut s'avérer par la suite complexe. Enfin, le droit d'auteur ne permet pas d'envisager une sanction de la seule divulgation de l'œuvre.

La complémentarité des droits privatifs et du secret des affaires. – Cette idée d'un éventuel cumul du secret et de la propriété intellectuelle apparaît suite à la prise de conscience des limites de cette matière qui, bien que paraissant intéressante à première vue, s'avère trop restrictive. Ainsi, lorsque le secret d'affaires en question est d'une nature telle qu'il permet l'attribution de droits privatifs, le secret pourrait être envisagé préalablement à la propriété intellectuelle, qui n'interviendrait alors qu'en cas de divulgation afin de sanctionner celle-ci ; l'antériorité de l'invention ou de l'œuvre, si elle peut être prouvée, permettant de contrer un éventuel dépôt ou enregistrement antérieur[111]. En outre, l'utilisation du secret permet de garder confidentielles les informations gravitant autour de l'œuvre ou de l'invention telles que les savoir-faire, procédés ou méthodes, ce que ne permet pas la propriété intellectuelle alors même que cette dernière va avoir un coût élevé pour l'entreprise, à l'inverse du secret qui s'avère gratuit[112].

Ainsi, la propriété intellectuelle semble bien trop limitée pour appréhender correctement une protection des secrets d'affaires, même si certains de ses mécanismes peuvent être très utiles pour un nombre limité de secrets, à l'exception notable des informations. Cette limite de la propriété intellectuelle peut être illustrée avec la stratégie de la *Coca-Cola company*, qui est l'exemple type d'une société ayant préféré recourir au secret avec succès, concernant la recette de sa boisson éponyme[113].

La propriété intellectuelle n'étant donc pas un outil permettant une protection adéquate des secrets d'affaires, il convient de continuer cette étude.

c. La protection des secrets d'affaires par des fondements véritablement disparates

La protection légale des secrets d'affaires est constituée, au-delà du droit commun, par des dispositions véritablement disparates. Après avoir étudié les secrets professionnels et la propriété intellectuelle, il convient donc de mentionner brièvement quelques mécanismes ayant leur importance et intervenant dans la jurisprudence.

L'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. – Les articles 410-1 et suivants du Code pénal traitent de l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, l'article 413-9 précisant notamment l'organisation du secret de la défense nationale. Contrairement à ce qui pourrait être envisagé à première vue, ces dispositions ont toute leur place dans la présente étude, de nombreuses entreprises intervenant dans des secteurs liés à la défense ou ayant un tel poids dans l'économie qu'elles participent aux intérêts fondamentaux de la nation. Ce fondement revient ainsi régulièrement dans la jurisprudence, les entreprises n'hésitant pas à poursuivre des personnes violant leurs secrets d'affaires sur celui-ci, à l'image de l'affaire Michelin envisagée précédemment.

Cette notion pose cependant quelques difficultés, dont notamment le fait de savoir comment définir la nationalité d'une entreprise ou encore le potentiel scientifique et économique de la nation[114]. Pour ce dernier, les articles L. 151-1 et suivants du Code monétaire et financier prévoient des limitations pour les investissements étrangers en France et définissent un certain nombre de secteurs d'activité d'importance. Toutes ces dispositions semblent donc peu cohérentes et difficiles à appréhender, celles-ci nécessitant des

[111] Il s'agit de l'exception « de droit de dépôt antérieur ».
[112] V. pour plus de détails : S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 197 et s. et F. HAGEL, *op. cit*.
[113] Exemple notamment mentionné par M. MALAURIE-VIGNAL, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », *D.* 2012, p. 1415.
[114] T. du MANOIR de JUAYE à propos de l'affaire Michelin *in* A. DIETZ et al., *op. cit*.

définitions précises des intérêts fondamentaux, des secrets de la défense nationale, etc. pour pouvoir être appliqués concrètement. Néanmoins, les entreprises essaient tout de même d'y recourir régulièrement.

La protection de la confidentialité dans les procédures collectives. – Le droit des entreprises en difficulté se situe au carrefour d'intérêts fortement contradictoires qu'il convient de ménager (*cf. infra*). Toutefois, depuis les dernières grandes réformes de la matière, l'objectif de ce droit est la sauvegarde des entreprises. Dans cette optique, la préservation des secrets d'affaires est essentielle afin que l'entreprise conserve ses avantages compétitifs. Ainsi, même si le secret des affaires n'est pas présent dans les textes, la confidentialité développée par ces derniers va permettre d'instaurer une protection, malgré la nécessité de transparence dans l'optique du paiement des créanciers (*cf. infra*).

Ainsi, la confidentialité va pouvoir être assurée dans le cadre de la prévention des difficultés grâce à la procédure de conciliation[115] et par l'assurance de la confidentialité des missions du mandataire *ad hoc*[116] ou de tout mandataire judiciaire intervenant[117]. La confidentialité va également intervenir dans le cadre des procédures collectives par la tenue – de principe – des débats en chambre du conseil[118].

La dispersion trop importante des mécanismes. – Pour achever ce développement, il convient de voir que des fondements à une protection des secrets d'affaires peuvent intervenir dans toutes les matières, les entreprises cherchant constamment à trouver un fondement leur permettant de bénéficier d'une protection la plus efficace possible.

Ainsi, en sus des mécanismes les plus importants mentionnés précédemment, il est possible d'observer des fondements à la protection des secrets d'affaires dans l'obligation de discrétion des administrateurs de sociétés anonymes[119], dans le droit administratif[120], dans la sanction des atteintes aux systèmes de traitement automatisés de données et aux données les composant[121], dans le droit de la concurrence[122] notamment vis-à-vis des missions des institutions telles que l'Autorité de la concurrence ou l'Autorité des marchés financiers (*cf. infra*).

En conclusion, pour pouvoir appréhender correctement la protection légale des secrets d'affaires, il est nécessaire de réaliser un travail de recherche important qui rend très complexe et lente l'activité juridique des entreprises. Cette complexité et cette lenteur vont également avoir pour conséquence d'instaurer une mauvaise protection des secrets d'affaires des entreprises, protection qui demeurera incomplète et lacunaire y compris lorsque les différents mécanismes auront été correctement appréhendés.

Face à ces problématiques non-négligeables en raison du contexte nécessairement international des affaires, il était alors nécessaire de réfléchir à une réforme de la protection des secrets d'affaires par la loi, une telle évolution devant permettre aux entreprises françaises d'être compétitives, prévoyantes et correctement protégées face à la concurrence mondiale. Il convient désormais de voir que le législateur français a pris en compte ces critiques et a tenté de créer une protection des secrets d'affaires au régime unitaire afin de lutter contre l'éparpillement actuel des différentes normes utilisées dans cette optique.

---

[115] Art. L. 611-6 du Code de commerce.
[116] Art. L. 611-3 du Code de commerce.
[117] Art. L. 611-15 du Code de commerce.
[118] Art. L. 662-3 du Code de commerce.
[119] D. PERE, « L'obligation de discrétion des membres du conseil d'administration », *D.* 2004, p. 1786.
[120] V. DAUMAS, « Secret des affaires et juge administratif », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1455. – V. notamment loi dite « CADA » du 17 juillet 1978 (n° 78-753) aujourd'hui codifiée dans le Code des relations entre le public et l'administration : non communication de documents administratifs lorsque ceux-ci peuvent divulguer des secrets d'affaires.
[121] Art. 323-1 et s. (loi « Godfrain ») et 2226-16 et s. du Code pénal.
[122] G. DECOCQ et M.-L.-H. DES YLOUSES, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1456.

B. L'inaboutissement des propositions contemporaines de réforme de cette protection des secrets d'affaires

Le législateur français a donc pris en compte la nécessité, exprimée précédemment, de mettre en œuvre un véritable régime de protection des secrets d'affaires. Un tel régime devant intervenir en raison de la complexité, de l'illisibilité et de l'éparpillement des normes intervenant actuellement dans cette optique de protection des secrets d'affaires, il était alors nécessaire pour le législateur d'envisager une unification de ces règles au sein d'un régime unitaire. Ce régime devait alors permettre de sanctionner l'éventuelle utilisation, mais aussi la simple divulgation, des secrets d'affaires d'entreprises par d'autres agents économiques (concurrents, État, clients, fournisseurs, pays étrangers, etc.). Cependant, et malgré une action parlementaire proactive sur la question, un tel projet a échoué à plusieurs reprises, d'abord pour des raisons tenant à la difficulté du régime à mettre en œuvre et à un manque d'intérêt politique, puis ensuite à cause d'une polémique concernant une atteinte potentielle aux libertés d'expression et d'information.

Ainsi, il est nécessaire de voir la prise en compte parlementaire du besoin de cohérence de la protection des secrets d'affaires (1.), avant de voir l'échec inattendu de la loi Macron (2.).

1. La prise en compte parlementaire du besoin de cohérence de la protection des secrets d'affaires

La prise en compte par les parlementaires de la nécessité d'améliorer la cohérence de la protection des secrets d'affaires s'est faite en deux temps se chevauchant l'un et l'autre. Tout d'abord, une quantité importante de rapports parlementaires est récemment intervenue afin de favoriser le développement en France d'une « intelligence économique », notion qui a contribué à la prise de conscience susmentionnée des lacunes de la protection actuellement en vigueur. Puis, l'investissement personnel du député du Tarn Bernard Carayon doit être souligné, celui-ci ayant effectué de nombreuses propositions de loi visant à instaurer un régime propre de protection des secrets d'affaires.

Il est donc possible de voir, premièrement, la prise en compte de l'intelligence économique grâce aux rapports parlementaires (a.), puis de voir, deuxièmement, l'activisme du député Carayon dans les propositions de loi (b.).

a. La prise en compte de l'intelligence économique grâce aux rapports parlementaires

Définition de l'intelligence économique. – Un rapport de 1994[123] traitant déjà de l'intelligence économique avait proposé la définition suivante pour cette notion : « les actions coordonnées de recherche, de traitement et de distribution en vue de son exploitation, de l'information aux acteurs économiques. Ces diverses actions sont menées légalement avec toutes les garanties de protection nécessaires à la protection du patrimoine de l'entreprise »[124].

L'intelligence économique est donc un concept fondamentalement lié à celui du secret des affaires, ceux-ci étant avant tout liés à l'appréhension de l'information par les acteurs économiques et à la protection de leur patrimoine. L'appréhension de ce concept va ainsi permettre de développer une « intelligence juridique » dans un triple objectif[125] : « permettre à l'entreprise d'éviter les contentieux », « obtenir la reconnaissance et la protection juridique des droits incorporels et immatériels », puis « venir en appui

[123] H. MARTRE, *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, rapport, Commissariat général du Plan, 1994.

[124] H. MARTRE, *idem* – cité par B. CARAYON, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2003, p. 7.

[125] Analyse de T. du MANOIR de JUAYE, « Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes », *op. cit*.

d'opérations d'intelligence économique ». L'intelligence économique justifie donc pleinement les volontés contemporaines de développement d'une protection du secret des affaires.

La genèse de l'intelligence économique au service du secret des affaires grâce aux rapports du député B. Carayon. – Deux rapports commandés par les Premiers ministres Jean-Pierre Raffarin et Dominique de Villepin au député Bernard Carayon ont permis de renouer avec l'intelligence économique, écartée depuis 1994 pour des raisons politiques. Le premier[126], datant de 2003, faisait le point sur l'intelligence économique en France, tout en faisant des propositions concrètes de façon à intégrer ce concept dans le système juridique français. Le second[127], datant de 2006, se voulait être la suite du premier, tout en réorientant l'intelligence économique du point de vue des entreprises et non plus du point de vue de l'État.

Au sein de ces rapports, le député utilisait avec insistance l'expression « guerre économique » pour décrire le contexte économique mondial de l'époque. Cette guerre économique est certainement d'autant plus vigoureuse aujourd'hui que les marchés mondiaux sont plus interconnectés, le marché européen plus intégré, et que ceux-ci ont subi la crise financière de la fin des années 2000. Dès 2003, le député Carayon avait donc pleinement intégré les problématiques et enjeux devant être pris en compte dans l'optique de la modernisation du droit français devant lui permettre d'anticiper l'avenir économique. Cette prise de conscience du député est d'autant plus anticipatrice de l'avenir que la proposition 18 de son premier rapport s'inscrit encore aujourd'hui parfaitement dans l'air du temps : « Proposition 18 : Créer un droit du secret des affaires, à caractère civil et/ou pénal ».

L'affirmation du besoin de protection des secrets d'affaires par les rapports suivants. – Deux autres rapports d'importance ont suivi les rapports Carayon et doivent être vus, ceux-ci ayant à nouveau affirmé l'importance de revoir la protection du secret des affaires.

Tout d'abord, le rapport de Claude Mathon[128] de 2009, commandé par Alain Juillet, énumérait les matières intervenant dans la protection légale des secrets d'affaires, à l'image de ce qui a été exposé précédemment, tout en en faisant la critique du point de vue des sanctions. En effet, l'auteur exposait que « la seule perspective de devoir acquitter des dommages et intérêts ne suffit pas à décourage les auteurs d'actes délictueux, car cette indemnisation s'avère généralement sans proportion avec l'avantage obtenu par l'appropriation frauduleuse du secret »[129]. Ainsi, au-delà de la protection des secrets d'affaires, c'est avant tout la sanction de la divulgation qui semblait être insuffisante avec le système existant. Cette insuffisance des sanctions a par exemple été illustrée par l'inefficacité de la loi du 26 juillet 1968[130], dont l'objectif louable était de contrer les procédures américaines de *discovery*[131] parfois trop larges[132] et amenant à devoir révéler des secrets d'affaires[133], mais dont les résultats pratiques se sont avérés nuls.

Ensuite, il convient de voir le rapport précité de Jean-Jacques Urvoas, publié en 2014, et traitant de « la plurivocité de la prédation économique » qu'il convient de combattre en refondant le système de protection actuel des secrets d'affaires, celui-ci permettant de trop nombreuses exceptions au secret,

---

[126] B. CARAYON, *op. cit*., p. 7 et s.
[127] B. CARAYON, *A armes égales*, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.
[128] C. MATHON et al., *op. cit*.
[129] *Ibid*., p. 8 et s.
[130] Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères ; dite « loi de blocage » ou encore « *french blocking statute* ».
[131] Remarque : les procédures de *discovery* sont des procédures permettant, dans le cadre d'instances judiciaires et préalablement à ces instances (*pretrial litigation*), de réunir des preuves.
[132] K. R. BERMAN, « Reinventing discovery under the new federal rules », *Litigation*, American Bar Association, vol. 42, n° 3, printemps 2016, www.americanbar.org/publications/litigation_journal/2015-16/spring/reinventing_discovery_under_new_federal_rules.html (site consulté le 24 août 2017).
[133] K. WEISSBERG et A. WEISSBERG, « La protection du « secret des affaires » des sociétés françaises face aux procédures de discovery américaines », *Les petites affiches*, 08 juin 2017, n° 114, p. 14.

exceptions dont les acteurs économiques ont connaissance et qu'ils n'hésitent pas à utiliser, à l'image encore une fois des procédures de *discovery* qui ne sont pas concrètement empêchées par le droit français.

Ces deux rapports ont émis des propositions concrètes afin de soutenir leurs objectifs. Le rapport Mathon proposait ainsi d'ajouter un article au Code civil rédigé comme suit : « Toute personne physique ou morale ayant eu connaissance directement ou d'une information confidentielle concernant l'activité d'une entreprise et l'utilisant à son profit personnel ou pour le compte de tiers, viole le secret des affaires et commet une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil qu'il lui appartient de réparer »[134]. De son côté, le rapport Urvoas soulignait l'intérêt d'inclure un volet pénal à la protection des secrets d'affaires[135], ceci en s'inspirant notamment de la législation fédérale américaine (*cf. infra*). D'autres sources d'inspiration des dispositifs envisagés doivent également être observées dans les actions précédemment mentionnées telles que l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon[136]. Sur ce point, il convient de voir que B. Warusfel expliquait tout l'intérêt d'inclure la nouvelle protection des secrets d'affaires, telle qu'envisagée au moment de ces différents rapports, au sein de la propriété intellectuelle, ceci permettant d'assurer une cohérence et une facilitation de la pratique quotidienne de la protection du patrimoine des entreprises[137].

En conclusion, ces différents rapports poursuivaient donc un but identique : informer le législateur sur la nécessité d'une meilleure protection des entreprises françaises et de leurs secrets d'affaires. Pour cela, des propositions de loi sont concrètement intervenues, il convient à présent de les envisager.

b. L'activisme du député Carayon dans les propositions de loi

Quatre propositions de loi du député B. Carayon. – Le député B. Carayon est donc intervenu, en sus de ses deux rapports, à quatre reprises afin de proposer une loi pour protéger les secrets d'affaires. Celles-ci sont intervenues en 2004[138], 2009[139], janvier 2011[140], puis enfin novembre 2011[141]. Bien que très similaires sur les objectifs, quelques différences entre ces quatre propositions doivent être expliquées.

Tout d'abord, la philosophie de ces quatre propositions s'avère globalement cohérente et permettait de donner une nouvelle définition aux secrets d'affaires, ceux-ci étant protégeables dès lors que l'entreprise avait mis en œuvre des mesures de protection concrète pour garantir ses secrets ayant une valeur pour elle[142]. Cette appréhension de la notion est notamment celle développée par la législation américaine (*cf. infra*) et sera celle développée en France suite aux évolutions européennes récentes (*cf. infra*).

Néanmoins, il est nécessaire d'observer une évolution importante, doublée d'un changement sémantique, intervenant entre les deux dernières propositions. En effet, la précédente formulation de la proposition étant « proposition de loi relative à la protection des informations économiques », tandis que la nouvelle formulation « [vise] à sanctionner la violation du secret des affaires ». Ce changement n'est pas anodin et permet de supputer le passage d'une protection des secrets d'affaires passant par l'intégration de l'intelligence économique à une protection organisée vis-à-vis de la sanction. De manière plus concrète, la nouvelle proposition se référait au dommage causé par l'obtention ou la divulgation du secret là où les trois

---

[134] C. MATHON, *op. cit*., p. 26.

[135] V. explications plus détaillées de S. JOISSANS, *op. cit*.

[136] L. LEBLOND, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *Les petites affiches*, 31 juillet 2015, n° 152, p. 9.

[137] B. WARUSFEL *in* A. DIETZ et al., *op. cit*.

[138] B. CARAYON, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Assemblée nationale, n° 1611, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 mai 2004.

[139] B. CARAYON, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Assemblée nationale, n° 1754, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2009.

[140] B. CARAYON, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Assemblée nationale, n° 3103, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 janvier 2011.

[141] B. CARAYON, *Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, Assemblée nationale, n° 3985, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 novembre 2011.

[142] V. A. DIETZ et al., *op. cit*. et S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., pp. 21-38.

propositions précédentes traitaient seulement de la valeur économique du secret protégé, ceci reflétant l'intégration des critiques faites par C. Mathon (*cf. supra*). En outre, d'autres changements étaient moins intéressants, à l'image de la disparition de la sanction des tentatives de divulgation des secrets d'affaires.

Enfin, malgré des différences de traitement par le législateur, la proposition de 2003 n'ayant par exemple jamais été inscrite à l'ordre du jour[143] alors que la deuxième proposition de 2011 fut adoptée en janvier 2012[144], ces quatre propositions souffraient de lacunes similaires[145]. Ainsi, les différentes propositions ne traitaient pas de la procédure civile et de ses nécessaires aménagements et, bien que celles-ci aient envisagé l'introduction d'éléments pénaux, prévoyaient des procédures peu adaptées. En effet, l'ultime proposition ne fut pas transmise au Sénat malgré son vote étant donné la contrainte trop importante imposée par la procédure de sanction des divulgations pour les petites et moyennes entreprises, celle-ci s'inspirant des dispositions sur le secret de la défense nationale[146].

Une ultime proposition de loi des députés socialistes. – Les propositions précédentes n'ayant pas su s'imposer, malgré les innovations très intéressantes proposées, en raison de lacunes importantes dénoncées par certains auteurs peu convaincus par l'opportunité de tels changements[147], il fut alors nécessaire de revoir l'appréhension de la protection des secrets d'affaires. Cela fut fait avec la proposition de loi portée par Bruno Le Roux et de nombreux députés du groupe socialiste de l'Assemblée nationale[148], souvent désignée comme étant la proposition de loi de Jean-Jacques Urvoas.

Cette énième proposition a donc tenté de corriger les travers des précédentes, qui innovaient totalement en raison de l'absence d'un régime de protection des secrets d'affaires en France et ont donc commis de légitimes impairs. Cette nouvelle proposition a donc fait la synthèse des problématiques rencontrées par ses prédécesseurs, tout en ajoutant une exception au secret pour les journalistes et lanceurs d'alertes (*cf. infra*). Ces différentes modifications concernent également le régime de protection lui-même, qui est ici prévu pour être codifié au sein d'un nouveau titre du Code de commerce, alors que les quatre précédentes propositions le codifiaient dans le Code pénal. La communication autour de ces propositions change donc assez radicalement, le parti pris étant alors la protection des entreprises, ceci rejoignant parfaitement une explication de F. Angé exposée dans sa thèse : « le secret des affaires ne répond pas seulement à des motifs d'ordre social ; il peut aussi être le fruit d'une tactique économique »[149].

Cette tactique économique résultant de la protection du secret des affaires est pleinement apparue avec cette proposition de loi, qui fut rapidement reprise et intégrée au sein du projet de loi dit « loi Macron ».

2. L'échec inattendu de la loi Macron

Une récupération de la proposition de loi Le Roux/Urvoas. – L'ultime proposition de loi pour créer un régime propre de protection du secret des affaires en France a donc été reprise directement par le gouvernement au sein du projet de loi pour la croissance et l'activité, plus simplement dénommé « loi Macron »[150], du nom du ministre de l'économie d'alors. Cette reprise s'est faite par le biais d'un amendement présenté le 12 janvier 2015 par R. Ferrand[151], rapporteur général du projet de loi.

---

[143] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *idem*.
[144] S. JOISSANS, *op. cit*., p. 4.
[145] J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 13 et s.
[146] J.-J. URVOAS, *op. cit*.
[147] V. notamment C. LE STANC, *op. cit*.
[148] B. LE ROUX et al., *Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires*, Assemblée nationale, n° 2139, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014.
[149] F. ANGÉ, *op. cit*.
[150] M. VALLS et E. MACRON, *Projet de loi pour la croissance et l'activité*, Assemblée nationale, n° 2447, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 décembre 2014.
[151] Amendement n° SPE1810 (rect.), Assemblée nationale, présenté par R. FERRAND, rapporteur général du projet de loi pour la croissance et l'activité, 12 janvier 2015.

Ce retour d'une volonté de protection du secret des affaires se fait donc ici « par la petite porte », par le biais d'un simple amendement rectificatif alors même que les dernières propositions étaient plutôt fortes et fortement attendues par la pratique. Toutefois, cette reprise de la proposition de loi permettait d'assurer son débat alors que la Commission européenne venait d'annoncer, un an plus tôt, sa volonté de proposer une directive destinée à protéger les secrets d'affaires de façon unifiée au sein de l'Union européenne, ceci permettant de rendre compétitives les entreprises européennes face à leurs concurrentes américaines, chinoises ou japonaises, et – surtout – à unifier les pratiques très divergentes en la matière au sein de l'Union (*cf. infra*).

Cette dernière proposition de loi ayant bénéficié de tout le travail parlementaire effectué sur la question depuis 2003, celle-ci s'est avérée être d'une grande qualité et a donc été reprise telle quelle dans le projet de loi, avec seulement quelques aménagements de forme. Cependant, cette récupération s'est avérée malheureuse au regard des débats sociétaux houleux provoqués, notamment avec les journalistes, et un nouvel échec quant à la création d'un régime propre de protection des secrets d'affaires fut à déplorer.

Un échec imprévu dû aux journalistes. – « Visiblement, le moment n'est pas venu »[152], expliquait Bruno Le Roux, alors président du groupe socialiste à l'Assemblée nationale, suite au retrait de l'amendement intégrant le contenu de la proposition de loi Le Roux/Urvoas.

En effet, François Hollande, alors Président de la République, ainsi que le gouvernement de l'époque n'avaient pas jugé opportun de conserver cet amendement dans le projet de loi, celui-ci ayant emporté une polémique extrêmement importante pouvant mettre en péril l'intégralité de ce projet de loi « Macron », qui portait une réforme globale censée donner un regain de croissance à l'économie française. Après de nombreuses polémiques quant aux potentielles évolutions du notariat et de différentes professions réglementées, mais aussi quant aux libéralisations dans le secteur du transport ou s'agissant du travail le dimanche, le gouvernement ne souhaitait donc pas un nouveau scandale, cette fois-ci plus social étant donné que les droits et libertés fondamentaux étaient pointés du doigt comme n'étant pas assez protégés. Il y avait alors la crainte que le secret des affaires ne permette de condamner à tort et à travers les journalistes, qui ne pourraient alors plus effectuer leurs investigations.

Ainsi, au matin du jeudi 29 janvier 2015, alors qu'Emmanuel Macron recevait à Bercy les journalistes pour ses vœux à la presse, celui-ci avait alors tenté d'éteindre la polémique grandissante en annonçant l'ajout de quatre amendements afin de garantir encore plus les libertés de la presse et d'information. Ceci tout en soulignant l'intérêt fondamental à instaurer une protection des secrets d'affaires. Toutefois, cette proposition faite aux journalistes étant intervenue tardivement et n'ayant pas réussi à apaiser la profession, le retrait de l'amendement concernant le secret des affaires était acté dès la fin de cette journée. En effet, les journalistes refusaient également toute modification du texte, « des « amendements à l'amendement » ne [résolvant] rien »[153] selon ces derniers, qui dénonçaient notamment le manque de concertation.

Un échec malheureux face à des arguments contestables. – Ces différentes critiques opérées par les journalistes sont d'importance, les droits et libertés fondamentaux ne pouvant céder pour des objectifs purement économiques, mais celles-ci semblent pour autant quelques peu extrêmes étant donné le caractère discutable de certains arguments.

Ainsi, les journalistes ignoraient l'exception présente au 2° de l'article L. 152-2 de l'amendement et visant « celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance ». Cette phrase était reprise mot pour mot de l'article L. 151-9 de la proposition Le Roux/Urvoas qui précisait, au sein de son exposé des motifs, que cet article concernait directement les journalistes et les lanceurs d'alerte. En conséquence, une incompréhension est visiblement intervenue et ne nécessitait pas la suppression de l'amendement, une

[152] D. COSNARD, « « Secret des affaires » : le gouvernement retire son projet », *Le Monde*, 30 janvier 2015, www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/30/secret-des-affaires-le-gouvernement-retire-son-projet_4566657_3234.html (site consulté le 24 août 2017).
[153] *Idem*.

éventuelle amélioration et précision de l'article aurait pu être appréciable et correspondait aux propositions de dernière minute d'Emmanuel Macron pour tenter de sauver cet amendement.

En outre, il a également pu être reproché à cet amendement le fait qu'il allait soumettre les journalistes au bon vouloir des juges, ces derniers devant apprécier au cas par cas la nécessité d'information dès lors qu'il n'est plus question de la révélation d'une infraction[154]. Sur ce point, il convient de mentionner un autre amendement rectificatif présenté le 12 janvier 2015[155], celui-ci prévoyant la modification de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse afin que celui-ci prévoit que le secret des affaires, comme le secret professionnel, pourrait connaître des divulgations de la part des journalistes dans le cadre d'une instance où ceux-ci auraient à établir leur bonne foi ou la vérité de faits diffamatoires. Cet amendement était dès lors prévu, au sein de l'exposé sommaire l'accompagnant, comme complétant l'article L. 152-2 de l'amendement précédent afin de « [sécuriser] la capacité des journalistes à révéler des infractions éventuellement commises par une entreprise ».

Enfin, s'agissant du manque de concertation ayant suivi l'intégration de la proposition Le Roux/Urvoas au projet de loi « Macron », celui-ci ne peut être nié du fait de l'intégration par la porte dérobée qu'a été l'amendement susmentionné. Toutefois, une telle critique semble difficile à appréhender du fait de l'historique important des rapports parlementaires et propositions de loi traitant de la protection du secret des affaires, ceux-ci ayant eu des positions similaires à l'amendement retiré et n'ayant pas soulevé de polémique de manière aussi évidente. Une ignorance totale du projet et de la balance des intérêts qu'il entendait mettre en œuvre semble donc difficilement acceptable au regard de l'intérêt grandissant du législateur et de la pratique juridique pour la notion de secret des affaires. Toutefois, une concertation intervenant concomitamment à l'adoption de l'amendement – au début du mois de janvier 2015 et non en fin de mois – aurait été préférable afin qu'un compromis soit trouvé entre les représentants de la profession et le gouvernement quant aux limitations de la protection du secret des affaires concernant les journalistes.

En conclusion, le retrait de l'amendement et son non-remplacement dans la loi finalement adoptée[156] est à déplorer étant donné qu'il est dû à une incompréhension visiblement très importante entre les différents intervenants de ce projet de loi et les journalistes. Toutefois, il est parfaitement compréhensible que ces derniers aient souhaité défendre leur profession, celle-ci faisant régulièrement l'objet de remises en question dans la période récente et la loi devant réorganiser la protection des sources des journalistes, pendant d'une protection des secrets d'affaires[157] et promesse de François Hollande, n'ayant pas eu les effets escomptés (*cf. infra*). Alors que le projet de loi semblait équilibré dans l'esprit vis-à-vis des libertés de la presse et d'information, les récentes interventions européennes sur la question peuvent sembler plus délicates et vont ici aussi entrainer des critiques fortes de la part des journalistes, ce qu'il conviendra de voir en dernière partie de cette étude.

Conclusion de la section 1. – L'étude réalisée dans cette première sous-partie a permis d'observer l'appréhension complexe de la nécessité de protéger les secrets d'affaires par la loi. En effet, cette protection légale des secrets d'affaires s'avère éclatée, éparpillée entre différentes matières comprenant, de façon non exhaustive, la responsabilité civile, le droit pénal, le droit social, la propriété intellectuelle, le droit des affaires, le droit des sociétés, le droit de la concurrence, etc. La protection des secrets d'affaires contre leur divulgation est donc réelle et fait largement intervenir des dispositions de droit commun comme des dispositions très spécifiques, à l'image du secret de la défense nationale.

---

[154] M. DAMGE et D. COSNARD, « La liberté d'informer serait-elle vraiment menacée par le secret des affaires ? », *Le Monde*, Les décodeurs, 28 janvier 2015, www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/01/28/la-liberte-d-informer-serait-elle-vraiment-menacee-par-le-secret-des-affaires_4564985_4355770.html (site consulté le 24 août 2017).

[155] Amendement n° SPE1813 (rect.), Assemblée nationale, présenté par R. FERRAND, rapporteur général du projet de loi pour la croissance et l'activité, 12 janvier 2015.

[156] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

[157] A. DUVAL, « Le long chemin du projet de loi sur le secret des sources », *Le Monde*, 20 janvier 2015, www.lemonde.fr/police-justice/article/2015/01/20/le-long-chemin-du-projet-de-loi-sur-le-secret-des-sources_4559935_1653578.html (site consulté le 24 août 2017).

Toutefois, cette protection s'avère également lacunaire et restreinte, souffrant notamment de l'absence d'une définition claire et formalisée de ce qu'est un secret d'affaires ou bien même, dans un sens plus global, le secret des affaires. Certains auteurs, à l'image de Thibaud du Manoir de Juaye, considèrent que le système actuel se suffit à lui-même et n'aurait pas nécessairement besoin d'un niveau supplémentaire de droit s'ajoutant aux dispositions existant notamment en droit pénal et qui demeurent très intéressantes. Cependant, de l'aveu même de ce dernier auteur, les secrets d'affaires vont avoir ce problème qu'ils sont soumis à une subjectivité importante, un fichier clientèle confidentiel n'aura pas la même valeur dans une entreprise intervenant dans un secteur étendu que dans un secteur fermé où l'identité des acteurs les plus importants sont connus de tous, à l'image du nucléaire[158]. Ainsi, certains auteurs, tels que Jean-Marie Garinot, vont être beaucoup plus critiques sur le système actuel, peu clair et lisible, et par conséquent peu efficient du point de vue des pratiques quotidiennes des entreprises. Ces critiques ont été entendues et ont donc donné lieu à une activité parlementaire d'importance ayant débouché sur cinq propositions de loi entre 2003 et 2014, propositions ayant toutes échoué pour des raisons tenant autant à l'absence de volonté politique originelle qu'à la complexité induite par les procédures créées par les dernières. S'agissant de la dernière proposition de loi, celle-ci a échoué suite à son intégration au sein du projet de loi « Macron » en raison des critiques des journalistes sur les faibles garanties laissées par ce projet aux libertés de la presse et d'information. Sans ces dernières critiques, cette proposition de loi aurait eu toutes ses chances étant donné le soin avec lequel elle avait été préparée et la synthèse qu'elle opérait des précédentes propositions, qui ont eu l'excuse de l'innovation totale en laquelle elles consistaient pour justifier leur échec respectif.

Pour conclure, la protection légale des secrets d'affaires souffre donc de défauts d'importance et se trouve au cœur d'enjeux fondamentaux qui réapparaitront par la suite avec de nouveaux développements de la protection des secrets d'affaires. Néanmoins, réduire les possibilités de protection des secrets d'affaires à une protection légale serait une erreur, celle-ci n'étant d'ailleurs pas privilégiée par la pratique du fait de ses limites, évoquées précédemment, et de sa complexité. Ainsi, il va être à présent nécessaire d'observer les développements d'autres mécanismes permettant la protection des secrets d'affaires en droit français : les outils contractuels.

Section 2 – L'hétérogénéité de la protection contractuelle des secrets d'affaires

« Aujourd'hui, la protection légale du secret des affaires est assurément insuffisante. Les entreprises, pour peu qu'elles soient prévoyantes et juridiquement averties, font donc le choix de protéger leurs secrets par le contrat »[159]. Comme l'exposait Anne-Sophie Lucas-Puget par ces quelques mots, la protection légale des secrets d'affaires, par sa défaillance, va être nécessairement complétée dans la pratique par une protection contractuelle permettant de couvrir des aspects bien plus diversifiés et précis que ce que ne permet la loi. Toutefois, cette protection contractuelle va demander une anticipation importante de la part des entreprises, prévision qui n'est pas toujours évidente et qui va conduire à devoir relativiser l'opportunité de recourir au contrat pour protéger ses secrets d'affaires.

Il convient donc de voir, premièrement, la tentative de protection contractuelle « sur-mesure » de la confidentialité (A.), puis de voir, deuxièmement, l'échec pratique de la protection contractuelle des secrets d'affaires (B.).

A. La tentative de protection contractuelle « sur-mesure » de la confidentialité

Les mécanismes contractuels vont notamment permettre d'envisager une protection des secrets d'affaires là où la loi ne le permet pas, cette protection peut donc être qualifiée de « sur-mesure » en ce sens que chaque entreprise va pouvoir rédiger les contrats qu'elle entend pour empêcher la divulgation des

[158] Pour plus de développements de l'exemple, voir l'intervention de T. du MANOIR de JUAYE dans A. DIETZ et al., *op. cit*.
[159] A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit*.

informations qu'elle aura préalablement identifiées de manière précise. Cette protection va donc être adaptable quasiment à l'infini, la liberté contractuelle, précisée textuellement depuis la réforme des obligations intervenue en 2016[160], n'ayant pour limites que celles imposées par l'imagination des praticiens du droit des contrats.

En conséquence, il est possible d'envisager, dans un premier temps, l'ambivalence de l'obligation de confidentialité (1.), avant d'envisager, dans un second temps, la possibilité de cumul d'instruments contractuels divers (2.).

1. L'ambivalence de l'obligation de confidentialité

L'obligation de confidentialité intervenant suite à la conclusion d'un contrat la prévoyant va effectivement s'avérer ambivalente en raison de l'intérêt fort qu'elle présente dans le quotidien des entreprises, celui-ci tranchant vivement avec les limites inhérentes à une telle obligation.

Il convient donc de voir, tout d'abord, l'intérêt de la stipulation d'une clause de confidentialité (a.), avant de voir, ensuite, l'étendue limitée de l'obligation de confidentialité (b.).

a. L'intérêt de la stipulation d'une clause de confidentialité

La diversité des informations protégeables par le contrat. – L'obligation contractuelle de confidentialité possède de multiples dénominations : clause de confidentialité, de secret, de discrétion, de non-divulgation, *non disclosure agreement (NDA)*, etc. Cette multiplicité des désignations recouvre néanmoins la même réalité d'une obligation tendant à empêcher la divulgation de « certaines informations industrielles, commerciales ou autres, voire l'existence et le contenu de la négociation »[161]. L'intérêt d'une telle clause réside dans le fait que « le secret, qui manifeste le pouvoir de fait exercé par l'opérateur économique, a pour fonction d'approprier l'information. Or, pour être exploités, les renseignements doivent circuler (…) »[162].

Ainsi, cette divulgation des secrets d'affaires, qui est donc nécessaire « dans l'intérêt du commerce »[163], va pouvoir être encadrée par le contrat, là où la loi ne peut intervenir. En effet, les secrets d'affaires qui ont été divulgués à l'occasion de l'activité de l'entreprise sont d'une diversité très importante en ce sens qu'ils ont été divulgués à ses partenaires au sens large du terme (distributeurs, fournisseurs, salariés, sous-traitants, parfois y compris des administrations, etc.) et qu'ils concernent autant ces partenaires que des contrats ou activités projetés avec eux.

Une obligation de confidentialité. – De la clause de confidentialité découle donc une obligation éponyme pouvant autant être stipulée dans le contrat principal conclu entre les parties qu'au sein d'un contrat propre ou d'un engagement unilatéral. Lorsqu'une formule de confidentialité est incluse sur tous les supports communiqués par l'entreprise, il y a alors une présomption simple de confidentialité qui entre en œuvre dans les rapports de l'entreprise avec ses partenaires[164]. Cette obligation doit être appréhendée en tant qu'obligation de ne pas divulguer les secrets d'affaires confiés, c'est-à-dire une obligation de ne pas faire (*cf. infra*).

Cependant, le régime de cette obligation est l'objet de débats parmi les auteurs, Jean-Marie Garinot ayant notamment une vision particulière de celle-ci. En effet, celui-ci explique au sein de sa thèse qu'il conviendrait, plutôt que de parler d'obligation de confidentialité, de traiter de droit d'usage sur le secret

---

[160] Article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

[161] J.-M. MOUSSERON (dir.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3ème édition, 2005, p. 288 et s.

[162] J.-M. GARINOT, *op. cit*., pp. 10-11.

[163] A. DELMOTTE, *op. cit., p. 473*.

[164] *Idem*.

d'affaires confié[165]. Ce débat découle notamment du défaut majeur de l'obligation de confidentialité : bien que permettant de formaliser le cadre de la transmission d'un secret d'affaires, celle-ci est problématique en cas de nullité du fait que « l'information transmise ne peut pas être intellectuellement restituée »[166], mais également en cas de problème quelconque puisque le partenaire disposera toujours de ce secret. Il convient donc de voir que cette protection contractuelle de la confidentialité est limitée.

b. L'étendue limitée de l'obligation de confidentialité

La détermination complexe du secret à protéger. – Au-delà du défaut de la protection contractuelle lié à la sanction de cette obligation, défaut qui sera développé postérieurement, il est nécessaire de voir que l'obligation de confidentialité va être limitée quant à son étendue du fait de la définition qu'il faut faire du secret qui doit être protégé.

En effet, les parties doivent nécessairement désigner précisément l'objet de leur accord de confidentialité, le secret devant pouvoir être identifié afin d'être protégé contractuellement. Cette identification de l'objet du contrat s'impose en raison des conditions de formation du contrat[167] et va déterminer l'ensemble des obligations liées à celui-ci : « les éventuels manquements (…) s'apprécieront en contemplation de la précision rédactionnelle du contrat »[168]. La précision du contrat doit également permettre d'éviter toute possibilité d'interprétation de l'accord de confidentialité par le juge comme par les parties, mais cette précision doit être restreinte afin de ne pas laisser subsister seulement une possibilité d'application étroite de la clause[169]. Enfin, cette précision permettra de faciliter la recherche de la preuve d'une divulgation du secret lorsque celle-ci interviendrait, mais en pratique une telle précision ne sera pas suffisante étant donné que des tiers au contrat peuvent intervenir et prendre connaissance du secret qu'une ou plusieurs des parties souhaitent protéger[170].

Ainsi, il est nécessaire de déterminer « tant la qualité que la quantité de la chose contractuelle »[171] ou alors au moins de préciser l'ensemble des éléments permettant de déterminer l'objet dans le futur. Cette identification du secret d'affaires à protéger peut intervenir de diverses façons : au sein du préambule du contrat, dans les définitions contractuelles (modèle anglo-américain) ou encore dans le corps du contrat. Mais un problème va ici intervenir en ce sens que la désignation du secret protégé ne doit pas pour autant dévoiler le contenu dudit secret puisqu'une « raison chronologique »[172] impose que les parties signent l'accord de confidentialité préalablement à la divulgation de l'information confidentielle. En effet, dans le cas où le partenaire de l'entreprise prendrait connaissance du secret puis refuserait ensuite de signer l'accord de confidentialité, une sanction de la divulgation intervenant par la suite, même si elle est envisageable du point de vue de la loyauté, serait complexe en raison d'un problème de preuve[173]. La rédaction doit donc être effectuée avec un soin tout particulier et demeurer aussi précise que possible sans toutefois donner trop de détails préalablement à l'entrée en vigueur du contrat. Pour pallier ce problème, F.-X. Testu propose la clause suivante lorsqu'une précision n'est pas envisageable : « l'information protégée devra être désignée comme confidentielle au moment de sa révélation, de la manière suivante : si l'information se trouve incorporée sur tout support tangible, elle devra revêtir une mention expresse de sa nature confidentielle ; si l'information est révélée oralement, elle doit être présentée comme confidentielle au moment de cette révélation, et résumée par écrit avec l'indication « Confidentiel » dans les huit jours suivant sa révélation orale »[174].

---

[165] J.-M. GARINOT, *op. cit*., pp. 10-11.
[166] *Ibid*., p. 10.
[167] Art. 1128 du Code civil, 3° : « un contenu licite et certain ».
[168] P. MOUSSERON et al., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5ème édition, 2017, p. 127 et s.
[169] A. DELMOTTE, *op. cit*.
[170] A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit*.
[171] P. MOUSSERON et al., *op. cit*.
[172] F.-X. TESTU, « Secret et relations d'affaires – La confidentialité conventionnelle », *Droit et patrimoine*, 2002, n° 102.
[173] *Idem*.
[174] *Idem*.

En conséquence, la désignation de l'objet de l'obligation de confidentialité requiert un soin tout particulier afin de dépasser cette limite inhérente à une protection contractuelle des secrets d'affaires. C'est ainsi que les modèles tels que le *Clausier* de W. Dross, proposent des clauses « type » d'une longueur généralement importante[175]. Mais cette question n'est pas la seule problématique rencontrée avec les clauses de confidentialité.

L'insuffisance de l'obligation de confidentialité pour la protection des secrets d'affaires. – L'obligation de confidentialité est donc difficile à déterminer quant à son objet, mais également quant à ses effets puisqu'il est nécessaire de prévoir la protection contre la divulgation faite par le cocontractant aux tiers et contre l'exploitation de cette information par celui-ci[176]. Pour cela, une simple obligation de confidentialité semble trop limitée et par conséquent peu utile.

En outre, la confidentialité ne produit pas les effets de la propriété intellectuelle en ce sens qu'elle ne confère pas de monopole d'exploitation qui permettrait d'empêcher les tiers de jouir du secret d'affaires de l'entreprise. De la même façon, l'utilisation d'un secret similaire qui n'aurait pas été copié mais développé parallèlement et indépendamment ne pourra être sanctionnée. Les secrets d'affaires sont par conséquent protégés de façon restreinte avec la seule obligation de confidentialité, alors même qu'une telle protection est indispensable ne serait-ce que pour le symbole.

Une protection symbolique ? – Alors même que la clause de confidentialité est un outil fréquemment utilisé par les entreprises, celui-ci s'avère être une faible protection ou, tout du moins, a des effets pratiques moindres que ceux envisagés par les parties au moment de la conclusion. Ainsi, la conclusion d'un accord de confidentialité pourrait donc n'être que symbolique en matérialisant la confiance accordée par un des cocontractants à l'autre.

Toutefois, lorsque le secret s'inscrit dans un contrat plus important, une telle vision de la protection contractuelle des secrets d'affaires pourrait avoir pour effet de laisser penser, en l'absence d'une clause de confidentialité, que l'information confidentielle confiée pouvait être divulguée à la convenance de la partie débitrice (ou tout du moins de la partie qui aurait dû être débitrice d'une telle obligation). Il est alors ici question de bonne foi[177] et de loyauté[178], notamment en situation de travail, mais aussi de façon plus générale.

Enfin, l'article 1194 du Code civil pourrait être interprété, dans un contexte professionnel, comme permettant la protection des secrets d'affaires y compris lorsqu'une clause de confidentialité a été stipulée. En effet, l'article précisant que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi », il pourrait être envisagé de se retourner contre le cocontractant dévoilant des secrets d'affaires qui lui avaient été confiés comme tels alors même qu'aucune clause empêchant cette divulgation n'a été conclue. La communication d'une formule, d'un procédé ou d'une information commerciale sensible pourrait effectivement, selon l'usage des professionnels, requérir une confidentialité en tout temps.

Néanmoins, au-delà de cet appel aux principes du droit des contrats, la protection contractuelle par le biais des clauses de confidentialité permet surtout de marquer solennellement l'attachement des différentes parties à la conservation du secret, cette formalisation n'étant pas négligeable et étant rassurante pour les entreprises dans le contexte commercial international très concurrentiel.

En conclusion, la protection contractuelle des secrets d'affaires va nécessiter une application très importante au moment de la rédaction du contrat ou de la clause prévoyant cette confidentialité, soin nécessitant lui-même une anticipation et une discipline importante. Mais cette obligation contractuelle de confidentialité va être limitée de façon inhérente par la définition qui en sera fait, qui découle de sa rédaction,

---

[175] V. notamment : W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2ème édition, LexisNexis, 2011, pp. 160-161.
[176] W. DROSS, *ibid*., pp. 153-161 et J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 10.
[177] Art. 1104 et 1112 du Code civil.
[178] Principe découlant notamment de l'article L. 1222-1 du Code du travail.

et par son insuffisance à protéger correctement les secrets d'affaires. En conséquence, il est nécessaire de recommander aux praticiens de doubler leurs clauses de confidentialité d'autres outils contractuels.

2. La possibilité de cumul d'instruments contractuels divers

Comme l'expliquait Jean-Marie Garinot au sein de sa thèse, il existe aujourd'hui une réelle diversité des « instruments contractuels »[179] qu'il est possible d'utiliser aux fins de protéger ses secrets d'affaires. Cette diversité peut être mise à profit en cumulant lesdits instruments afin de remédier aux défauts liés à la stipulation d'une unique obligation de confidentialité. Un tel cumul appelle cependant quelques remarques.

La nécessité d'adjoindre une clause de non-utilisation du secret. – Comme présentée brièvement précédemment, l'adjonction d'une clause de non-utilisation du secret à celle de confidentialité est absolument nécessaire afin de mettre en place une réelle protection dudit secret.

En effet, la clause de confidentialité n'attribuant pas de droits privatifs à l'entreprise souhaitant conserver la maîtrise de son secret, il est fondamental de renforcer les obligations contractuelles du partenaire afin de mettre en place une sorte de monopole d'exploitation contractuel. Pour cela, l'entreprise souhaitant protéger son secret va se réserver l'utilisation du secret en ajoutant à la clause de confidentialité une clause de non-utilisation, de non-exploitation de celui-ci. Cet ajout permettra ainsi notamment de protéger l'entreprise dans le cas où les pourparlers entre les partenaires concernant le contrat principal échoueraient et que ne subsisterait finalement que l'accord de confidentialité. Bien que des débats existent sur l'opportunité d'une telle combinaison des deux clauses, le fait que celles-ci soient toutes deux des obligations de résultat permet d'assurer la protection des secrets d'affaires. En effet, « la clause de non-exploitation permet, accompagnée d'une clause de secret, d'opérer une restitution juridique du savoir-faire et un retour au *statu quo ante* »[180].

Toutefois, cette combinaison s'avère, à l'image de la rédaction de la clause de confidentialité, complexe à anticiper étant donnée l'importance de la rédaction vis-à-vis de la définition de l'utilisation du secret, les différents essais et tests à réaliser devant être autorisés afin que le partenaire puisse prendre connaissance du secret avant la poursuite des pourparlers pour la conclusion du contrat principal. Un soin tout particulier est donc encore nécessaire dans l'anticipation et la rédaction de l'accord combiné de confidentialité et de non-utilisation, ceci complexifiant l'idée d'une protection contractuelle des secrets d'affaires.

La diversité des instruments contractuels. – La clause de non-utilisation du secret n'est pas le seul instrument contractuel pouvant avoir son utilité dans le cadre dans la protection des secrets d'affaires, de nombreux autres mécanismes, de droit civil comme d'autres matières, vont pouvoir être très intéressants et doivent être mentionnés.

Premièrement, s'agissant des instruments de droit civil, une simple clause imposant au débiteur de l'obligation de confidentialité de faire prendre un engagement de confidentialité identique à tout tiers intervenant et prenant connaissance du secret est intéressant en ce sens qu'il ajoute à l'obligation de ne pas faire qu'est l'obligation de confidentialité une obligation de faire[181].

D'autres instruments semblant plus éloignés de ces préoccupations peuvent être extrêmement intéressants. Ainsi, le recours au mandat[182], à une convention de prête-nom[183] ou à l'institution prétorienne

---

[179] J.-M. GARINOT, *op. cit*.

[180] A. DELMOTTE, *op. cit*., p.496.

[181] *Idem*. – V. également J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 233 : un problème apparaît lorsque les standards du débiteur sont inférieurs à ceux du créancier.

[182] Art. 1984 et s. du Code civil. – V. Ph. DELEBECQUE et F. COLLART DUTILLEUL, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10ème édition, 2015, pp. 543-631.

[183] Y. LEQUETTE, F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10ème édition, 2009, pp. 187-188.

qu'est l'élection d'ami[184] peut être très utile dans l'optique de dissimuler l'identité réelle du cocontractant ou bien ses intentions aux autres cocontractants, ces deux éléments pouvant être le secret d'affaires à protéger.

Ensuite, le recours à la simulation[185] peut également avoir son utilité pour que les parties dissimulent leurs intentions, par le biais d'une contre-lettre[186], ou encore même leur identité, par le biais d'une interposition de personnes[187].

Enfin, le contrat de dépôt[188] peut également être mentionné, celui-ci bénéficiant d'une protection très importante du fait des articles 226-13 du Code pénal, sanctionnant la divulgation d'un secret professionnel par le dépositaire de ce secret, L1123-3 du Code de la santé publique, liant les membres des comités de protection des personnes au secret des informations dont ils sont dépositaires, mais aussi 64A du Code des douanes et R153-2 du Code monétaire et financier ayant des fonctions similaires. Le régime du contrat de dépôt s'avère donc extrêmement intéressant pour protéger la confidentialité des informations confiées aux dépositaires, et par conséquent des secrets d'affaires.

Deuxièmement, le Code de commerce peut également être mis à contribution dans une optique de protection contractuelle des secrets d'affaires grâce au contrat de commission[189] prévu par les articles L132-1 et L132-2 du Code de commerce. Le régime de ce contrat est celui du mandat et permet au commettant de dissimuler son identité via celle d'un commissionnaire.

Troisièmement, le droit des sociétés va également pouvoir intervenir par le biais des conventions sur les droits sociaux, qui permettent de dissimuler le véritable titulaire de titres sociaux, dont notamment les pactes d'actionnaires[190], bien que les récentes évolutions législatives tendent à accentuer la publicité de ces pactes, mais surtout par le biais des conventions de portage[191].

De la même façon, le simple choix de la forme sociale par les associés va permettre de choisir les obligations de la personne morale vis-à-vis du dépôt de ses comptes sociaux[192]. Les articles 1871 et suivants du Code civil concernant la société en participation permettent également à des personnes souhaitant s'associer pour un projet quelconque de dissimuler cette association. En effet, la société en participation est une société non immatriculée et non dotée de la personnalité morale, celle-ci peut par conséquent être occulte et permettre de dissimuler l'identité ou activité des cocontractants.

D'autres matières peuvent encore intervenir, comme le droit social, qui permet d'ajouter au contrat de travail une clause de secret permettant de lier le salarié. Toutefois, les principaux instruments contractuels pouvant avoir leur utilité ont ici été mentionnés. D'autres clauses peuvent toujours avoir un certain intérêt mais, dans une optique de concision, doivent seulement être mentionnées : clauses de confidentialité incluses dans les contrats d'hébergement de données informatiques à distance (*cloud computing*), sous-traitance, clauses concernant les données personnelles, etc. [193] Néanmoins, un dernier instrument mérite quelques précisions plus détaillées : la clause de non-concurrence.

---

[184] Ch. GUETTIER et al., *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation 2014/2015*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 10ème édition, 2014, p. 1240.

[185] Y. LEQUETTE, F. TERRE et Ph. SIMLER, *op. cit*., p. 548 et s.

[186] Ancien article 1321 du Code civil. – Remarque : instrument à utiliser avec précaution du fait de son utilisation fréquente pour dissimuler une fraude, notamment vis-à-vis de l'administration fiscale.

[187] C. cass., 1ère civ., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-14.618, publié au bulletin : « l'interposition de personnes ne suppose pas que l'acte ostensible et l'acte secret aient été conclus entre les mêmes personnes (…) ».

[188] Ph. DELEBECQUE et F. COLLART DUTILLEUL, *op. cit*., pp. 769-806.

[189] Y. LEQUETTE, F. TERRE et Ph. SIMLER, *op. cit*., pp. 187-188.

[190] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 21ème édition, 2017, p. 913.

[191] *Ibid*., pp. 73-75.

[192] Art. L. 232-21 du Code de commerce (*cf. infra*).

[193] Pour plus de développements, V. J.-M. GARINOT, *op. cit*., subdivision « Diversité des instruments contractuels » et S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 138 et s.

Remarques vis-à-vis des clauses de non concurrence. – Des remarques sur les clauses de non-concurrence s'imposent pour deux raisons : la combinaison d'une clause de confidentialité et de non-exploitation du secret (*cf.* supra) pourrait s'interpréter comme étant une clause de non-concurrence, et ces dernières peuvent également être utiles dans une optique de protection des secrets d'affaires.

Tout d'abord, selon la jurisprudence, la clause de confidentialité va se distinguer d'une clause de non-concurrence « dès lors qu'elle ne place pas le débiteur dans l'impossibilité d'exercer quelque activité que ce soit »[194]. Toutefois, l'adjonction d'une obligation de ne pas utiliser le secret d'affaires pourrait transformer l'obligation de confidentialité en obligation de non-concurrence lorsque son étendue est importante puisque la conséquence pourrait être d'empêcher un individu d'exercer son activité professionnelle au sein d'une entreprise concurrente. Ainsi, le recours à la clause de confidentialité doit se justifier en fonction de « l'intérêt légitime du créancier » afin de ne pas devenir un « recours abusif à la clause de non-concurrence »[195]. En effet, un sérieux problème pourrait se présenter dans le cas où il y aurait requalification d'une clause de confidentialité en clause de non-concurrence au regard des limitations strictes s'imposant à cette dernière : limitation dans le temps, dans l'espace et nécessaire proportionnalité de la clause avec les intérêts légitimes de son créancier[196]. Cette problématique de confusion des deux clauses s'observe notamment dans le cadre du droit du travail[197], où les clauses de non-concurrence doivent notamment donner lieu à rémunération, contrairement aux clauses de confidentialité. Toutefois, dès lors qu'une clause de confidentialité se limite à une information en particulier, celle-ci serait alors difficilement requalifiable en clause de non-concurrence, la rédaction est donc une nouvelle fois fondamentale.

En outre, la clause de non-concurrence pourra être utilisée directement afin de protéger les secrets d'affaires, celle-ci intervenant à l'issue d'un contrat. Cependant, « la clause de non-concurrence vise à se prémunir, non directement contre l'usage que le contractant va faire du savoir-faire, mais, bien au-delà, contre son activité en général »[198]. La clause de non-concurrence a donc des effets bien plus large que la seule obligation de confidentialité, y compris lorsque celle-ci s'accompagne d'une clause de non-utilisation du secret d'affaires confié, cela permet donc d'évacuer les problèmes tenant à la précision de la définition des secrets en question.

Pour conclure, la clause de non-concurrence s'avère être un instrument contractuel très puissant pouvant permettre de protéger les secrets d'affaires. Celui-ci est néanmoins trop puissant puisqu'il peut s'avérer attentatoire aux libertés du débiteur, il convient donc d'éviter ce mécanisme aux contraintes et limitations très importantes.

En conclusion, les différents instruments contractuels mentionnés jusqu'à présent permettent d'envisager une réelle protection des secrets d'affaires qui est adaptable à chaque situation concrète. Toutefois, ces mécanismes ne sont pas sans contrainte et vont imposer une anticipation très importante au moment de la rédaction des clauses. Par ailleurs, il convient de voir que ces instruments ne sont pas si efficaces qu'espérés.

B. L'échec pratique de la protection contractuelle des secrets d'affaires

Comme cela a été fait pour la protection légale du secret des affaires, il est à présent nécessaire de fortement relativiser l'intérêt de la protection contractuelle du secret des affaires. En effet, celle-ci ne parvient

---

[194] N. DISSAUX, « Clause de non-concurrence », *JCL Voies d'exécution*, fasc. 256, mise à jour 17 mars 2014. – Jurisprudences mentionnées : CA Versailles, 27 septembre 1994 et CA Nîmes, soc., 19 mars 2008, JurisData n° 2008-363184.

[195] M. DEPINCE, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD Com*., 2009, p. 256.

[196] C. cass., soc., 20 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, publié au bulletin. – V. également W. DROSS, *op. cit*., p. 153 et s.

[197] V. notamment, sur la distinction des deux clauses : C. cass., soc., 13 juillet 1999, pourvoi n° 96-45.425, inédit ; C. cass., soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, publié au bulletin ; C. cass., soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-41.267, inédit ; C. cass., soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-41.346, inédit ; C. cass., soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 07-40.618, inédit.

[198] A. DELMOTTE, *op. cit*., p. 495.

malheureusement pas à protéger les secrets d'affaires d'une façon efficace en raison de lacunes lui étant inhérentes, ceci en sus des défauts propres à chaque instrument contractuel qui ont pu être précédemment mentionnés. En outre, la problématique majeure intervenant va être celle de la persistance de l'obligation de confidentialité au-delà de la période contractuelle, il sera alors nécessaire d'observer les moyens juridiques permettant de dépasser cette lacune majeure.

Il convient donc de voir, en premier lieu, l'efficacité limitée des instruments contractuels (1.), avant de voir, en deuxième lieu, la problématique de la persistance du secret au-delà de la période contractuelle (2.).

1. L'efficacité limitée des instruments contractuels

Les instruments contractuels, qu'il s'agisse de la clause de confidentialité ou des autres types d'instruments mentionnés précédemment, ont donc une efficacité toute relative dans l'objectif d'une protection des secrets d'affaires en raison de deux lacunes majeures : leur opposabilité se limitant aux parties au contrat et à une durée déterminée, puis leur inintérêt dans un certain nombre de cas en raison d'une protection légale plus importante et d'une sanction de leur violation difficile à envisager.

Par commodité, il sera ci-après question uniquement des clauses de confidentialité, bien que ces développements soient similaires s'agissant des autres instruments contractuels étudiés.

Il est donc possible de voir, tout d'abord, l'opposabilité limitée des instruments contractuels (a.), puis de voir, ensuite, le faible intérêt de cette protection contractuelle des secrets d'affaires (b.).

a. L'opposabilité limitée des instruments contractuels

Comme tout contrat, les instruments contractuels étudiés ont une opposabilité nécessairement limitée aux parties à la convention, pour une durée définie.

L'effet relatif de la protection contractuelle de la confidentialité. – La protection contractuelle des secrets d'affaires se heurte nécessairement, et logiquement, aux limites du droit des contrats. Ainsi, n'attribuant pas de droits privatifs sur le secret d'affaires, la clause de confidentialité – ou tout autre instrument contractuel – ne permettra pas de sanctionner les tiers contre une éventuelle divulgation dudit secret. Seul un formalisme va donc pouvoir permettre d'informer les tiers du caractère secret des documents ou informations auxquels ils ont accès, formalisme qui permettra de les poursuivre en cas de divulgation puisque ceux-ci ne pourront invoquer la bonne foi pour se défendre. Ce formalisme pouvant intervenir est multiple : cachet « confidentiel » apposé sur les documents et pièces, technique des *data rooms* (*cf. infra*), etc.

Toutefois, cette protection subissant l'effet relatif des contrats, prévu par l'article 1199 du Code civil[199], elle ne va pouvoir donner lieu à une sanction fondée sur la responsabilité contractuelle. Une sanction du point de vue de la responsabilité extracontractuelle pourra néanmoins intervenir, la réunion des conditions de la responsabilité délictuelle devra alors être vérifiée (*cf. supra*). Il est donc important de matérialiser la confidentialité des informations afin de se ménager une preuve d'une éventuelle divulgation et de son caractère fautif. Entre professionnels, une présomption de confidentialité intervient et renverse la charge de la preuve, le défendeur doit alors démontrer que le secret d'affaires divulgué n'avait pas un caractère secret.

Mais effet relatif ne signifie pas que les tiers ne sont pas impactés par le contrat et qu'ils pourraient ainsi l'ignorer sciemment. Ainsi, l'article 1200[200] du Code civil expose clairement que la situation juridique créée par le contrat doit être respectée par les tiers, auxquels il est opposable dans une certaine mesure. La jurisprudence a également eu l'occasion de rappeler cela[201]. Néanmoins, un problème de preuve interviendra encore dans une telle situation, il sera donc complexe de sanctionner une violation des secrets d'affaires.

---

[199] Art. 1199 du Code civil : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

[200] Art. 1200 du Code civil, al. 1 : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

[201] C. cass., 1ère civ., 17 octobre 2000, pourvoi n° 97-22.498, publié au bulletin.

La durée limitée de la protection contractuelle de la confidentialité. – Deuxième élément amenant à relativiser l'efficacité d'une protection contractuelle des secrets d'affaires, la durée de l'obligation contractuelle de confidentialité doit être limitée.

Alors même que la jurisprudence a pu confirmer depuis longtemps la validité par principe des clauses de confidentialité[202], y compris lorsque celles-ci n'ont pas de durée précise pour l'interdiction de divulgation[203], se pose nécessairement la question complexe de sa durée[204]. En effet, le principe de la prohibition des engagements perpétuels, généralement interprété de l'article 1780 du Code civil, est désormais clairement affirmé depuis la récente réforme des obligations (*cf. supra*) : l'article 1210 du Code civil affirmant aujourd'hui que « les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée ». Ces conditions sont prévues par l'article suivant, le 1211, qui expose que « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

Ainsi, il est absolument nécessaire de prévoir une durée à l'obligation de confidentialité afin que celle-ci ne puisse pas être dénoncée par son débiteur. Parallèlement, prévoir une durée illimitée à la protection du secret serait peu utile, les secrets ayant une durée limitée par nature en raison d'une éventuelle divulgation du secret[205], mais aussi en raison de l'utilité même du secret, celle-ci déclinant avec le temps et ayant conduit des auteurs tels que Ph. Stoffel-Munck à envisager un terme implicite à l'obligation de confidentialité[206]. La rédaction des clauses va alors être extrêmement complexe, le risque étant une requalification de la clause de confidentialité en clause de non-concurrence étant donné que l'obligation de confidentialité ne va pas être limitée géographiquement pour respecter le principe de proportionnalité gouvernant le contrôle des clauses de non-concurrence. Le débat doctrinal sur la question est important et amène à se demander si une clause prévoyant une confidentialité limitée au moment où les informations tomberont dans le domaine public serait valable ou non. En outre, la jurisprudence s'avère peu claire sur la question puisque qu'une telle obligation de confidentialité perpétuelle a pu être admise lorsqu'elle n'empêchait pas le débiteur d'exercer sa profession[207]. Cette jurisprudence s'est retrouvée en matière sociale en jugeant valables des clauses de confidentialité continuant leurs effets après la cessation du contrat de travail[208], décision semblant parfaitement logique et dans l'esprit d'une telle clause.

Pour conclure, l'opposabilité de la clause de confidentialité, vis-à-vis des tiers comme dans la durée, n'est pas clairement fixée et amène des difficultés de rédaction qui laissent douter de l'efficacité de la protection contractuelle des secrets d'affaires. Cette remarque s'applique également aux autres instruments contractuels étudiés, notamment à la clause de non-concurrence du fait de son encadrement strict par la loi et par la jurisprudence. Néanmoins, ce questionnement sur la véritable efficacité de la protection des secrets d'affaires par le contrat doit s'étendre à l'étude de l'intérêt même de cette protection.

b. Le faible intérêt de la protection contractuelle des secrets d'affaires

Deux problématiques vont entacher l'efficacité de la protection contractuelle des secrets d'affaires et vont amener à remettre en cause son efficacité, il s'agit de la sanction de la violation de la clause de confidentialité, puis de l'intérêt de cette clause vis-à-vis de la protection légale des secrets d'affaires.

---

[202] C. cass., 1ère civ., 12 avril 1976, pourvoi n° 74-11.730, publié au bulletin. – V. commentaire de W. DROSS, *op. cit*.
[203] CA Versailles, 27 septembre 1994, note SERRA, *D*. 1995, p. 206. – Cité par W. DROSS, *op. cit*., p. 157.
[204] D. SASSOLAS, « La durée des clauses de confidentialité », *RTD Com*., 2015, p. 625.
[205] *Idem*.
[206] A. DELMOTTE, *op. cit*., p. 488.
[207] C. cass., com., 2 avril 1979, mentionnée par A. DELMOTTE, *op. cit*., p. 490.
[208] C. cass., soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-45.322, inédit.

La sanction peu intéressante de la violation d'une clause de confidentialité. – Comme exposé précédemment, l'obligation de confidentialité est une obligation de ne pas faire et, par conséquent, une obligation de résultat. Cette dernière caractéristique facilite la sanction en raison d'une présomption de faute dès la seule divulgation de l'information, mais aussi en ne nécessitant aucune mise en demeure. Mais le fait d'être une obligation de ne pas faire est moins intéressant puisque cela a pour conséquence de ne permettre qu'une réparation par équivalent. Ceci était notamment prévu par l'ancien article 1145 du Code civil et a été affirmé par la jurisprudence[209] au travers d'un attendu de principe : « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention ».

Alors même que la jurisprudence[210] a pu juger que l'indemnité devant intervenir en cas de violation de la clause de secret était due sans nécessité de rapporter la preuve d'un préjudice, il est nécessaire de mentionner la difficulté d'évaluation de celui-ci[211], et par conséquent du montant de l'indemnité due. En effet, la valeur de l'information confidentielle étant variable (*cf. supra*), le coût de sa divulgation va être tout autant variable et il ne peut qu'être difficile d'envisager la situation dans laquelle la divulgation aurait été évitée. Cette situation peu claire est donc peu favorable à l'anticipation alors même que l'outil contractuel se veut un instrument anticipant l'avenir. La responsabilité contractuelle, dotée de cet « allègement de la charge de la preuve »[212], va être réservée au cocontractant débiteur de l'obligation, les tiers ayant éventuellement divulgué l'information confidentielle devant être poursuivis sur le fondement de leur responsabilité délictuelle (*cf. supra*), pour laquelle intervient pleinement la difficulté d'évaluation mentionnée.

Mais au-delà de la question de l'indemnisation consécutive à la violation de la clause, le problème majeur d'une telle réparation par équivalent est l'impossible remise en état, le secret divulgué ne pourra plus jamais être secret à l'avenir. Toutefois, la jurisprudence a déjà pu considérer qu'une exécution forcée était possible pour réparer le préjudice découlant de la violation d'une obligation de ne pas faire[213], il pourrait par conséquent être envisageable de forcer le débiteur à assurer la confidentialité des secrets qui lui ont été confiés. Une telle idée est très intéressante puisque, comme l'avait énoncé le rapport Mathon (*cf. supra*), « la seule perspective de devoir acquitter des dommages et intérêts ne suffit pas à décourager les auteurs d'actes délictueux, car cette indemnisation s'avère généralement sans proportion avec l'avantage obtenu par l'appropriation frauduleuse du secret »[214]. Mais à l'exception de cette considération, la seule sanction en équivalent ne pourra être pleinement satisfaisante, d'autant plus que son utilité même peut être relativisée.

La redondance régulière des clauses de confidentialité avec la loi. – Les clauses de confidentialité comprennent des « cas d'inutilité relative » comme l'expose le professeur Dross au sein de son *Clausier*[215]. Ces cas s'observent lorsque le contrat est une simple redite d'une obligation légale de confidentialité. La protection contractuelle aurait alors un « double avantage (…) psychologique d'abord en ce qu'elle rappelle le professionnel à ses obligations ; technique ensuite puisqu'elle peut être l'occasion de préciser l'étendue et la rigueur de cette obligation légale de secret »[216].

En outre, un autre auteur dénonce quant à lui le caractère « superfétatoire »[217] allant de soi avec l'obligation de confidentialité contractuelle étant donné l'existence d'obligations de confidentialité légales, telles que le secret professionnel ou l'obligation de confidentialité découlant désormais de l'article 1112-2 du

---

[209] V. par exemple C. cass., 1ère civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19.978, publié au bulletin.
[210] *Idem*.
[211] A. LATREILLE, « Réflexions critiques sur la confidentialité dans le contrat », *Les petites affiches*, 2006, n° 156, p. 4 et n° 157, p. 4.
[212] A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit*.
[213] C. cass., 1ère civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, publié au bulletin.
[214] C. MATHON et al., *op. cit*.
[215] W. DROSS, *op. cit*., pp. 156-157.
[216] *Ibid*., p. 156.
[217] A. LATREILLE, *op. cit*.

Code civil et concernant la période des pourparlers, et d'obligations de confidentialité nécessairement présentes dans des contrats, à l'image du contrat de travail[218].

Ainsi, la majorité des clauses de confidentialité serait simplement inutile, en ajoutant de la complexité à une protection légale déjà complexe puisque difficilement appréhendable. En effet, l'adjonction des difficultés et lacunes de la protection contractuelle des secrets d'affaires à celles de la protection légale préalablement exposée ne permet pas de mettre en place un régime de protection efficient.

Comme le révèle A.-S. Lucas-Puget, « aujourd'hui donc, les clauses de confidentialité n'ont qu'une efficacité relative. Elles sont malgré tout nécessaires, opportunes »[219]. En effet, les clauses de confidentialité vont permettre de matérialiser la nécessité de conservation du secret et la confiance parallèlement accordée par le créancier au débiteur de cette obligation. Ces clauses peuvent être considérées comme étant nécessaires étant donnés les manques évidents du système français de protection des secrets d'affaires. Utilisés dans l'optique de protéger la confidentialité, les autres instruments contractuels précédemment mentionnés peuvent également faire l'objet de ces différentes critiques. Il est donc nécessaire de pousser plus loin cette étude afin de voir quels peuvent être, en fin de compte, les mécanismes contractuels permettant une protection complète et efficace des secrets d'affaires.

2. La problématique de la persistance du secret au-delà de la période contractuelle

« Nous vivons sous le regard des autres et le Droit nous impose de rendre visibles aux tiers un nombre grandissant de données ou d'actions qui nous sont propres. Peu d'institutions du droit civil et commercial, (…) échappent à l'obligation de publicité (…) »[220]. La problématique d'une protection des secrets d'affaires par des instruments contractuels va donc se heurter de plein fouet à cette exigence de transparence grandissante en France. Ainsi, il convient de rechercher si d'autres instruments contractuels que ceux étudiés ne peuvent pas permettre d'envisager une confidentialité concrète et réelle.

Pour cela, il conviendra de voir la préférence à conserver pour une protection matérielle des secrets d'affaires (a.), puis de voir le besoin de protéger les secrets durant l'instance (b.).

a. La préférence à conserver pour une protection matérielle des secrets d'affaires

Au-delà de toute protection juridique, légale ou conventionnelle, le meilleur moyen pour la conservation des secrets d'affaires est, contrairement à ce qui était annoncé en introduction de cette première partie, une protection physique, matérielle. Le droit peut ici permettre d'assurer la protection des supports du secret d'affaires ayant été communiqué, mais la pratique a également développé une méthode autre, extrêmement efficace, permettant la communication des informations sans support et des informations après isolement de leur support.

L'organisation du retour des documents et pièces communiqués. – Cette anticipation est assez simple et va simplement imposer de mettre en place une clause organisant le retour des documents transmis au débiteur de l'obligation de confidentialité dès lors que ce dernier n'en aura plus l'utilité ou aura effectué les actions pour lesquelles le secret lui avait été confié. Plus précisément, il est préférable d'organiser contractuellement toute la procédure que les parties doivent suivre pour la communication, l'utilisation ou la non-utilisation, puis le retour du secret entre les mains du créancier. Une telle pratique demande cependant une anticipation importante et fait à nouveau intervenir la problématique de la rédaction, qui doit être parfaitement soignée.

[218] V. par exemple C. cass., soc., 30 juin 1982, pourvoi n° 80-41.114, publié au bulletin.
[219] A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit*.
[220] P. LAGARDE, « préface » *in* S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques – Une approche franco-allemande du droit internet et du droit international privé*, thèse, Paris I, 2000, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2003, tome 388.

En outre, comme mentionné brièvement précédemment, l'ensemble des contrats de prestation de service dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication vont devoir organiser une protection matérielle de la confidentialité des données sensibles, notamment lorsque ces données sont hébergées par le cocontractant : société de *cloud computing*¸ *data centre*, etc. De plus, au-delà des dispositions légales protégeant les bases de données, la jurisprudence de l'Union européenne a pu considérer qu'il était possible pour le propriétaire d'une base de données d'opposer des clauses contractuelles « [établissant] des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers »[221], ceci permettant une protection donc plus importante.

En conclusion, la protection des supports de l'information doit être organisée juridiquement, et ici contractuellement, afin qu'une protection efficace des secrets d'affaires puisse être envisageable par le contrat, la clause de confidentialité ignorant ces aspects procéduriers pourtant essentiels. Cependant, une autre pratique permettant une protection matérielle, physique, des secrets d'affaires doit être observée, cela quitte à quitter le domaine purement contractuel.

La technique efficace de la *data room*. – Cette pratique est très intéressante en ce sens qu'elle permet une communication des secrets avec des possibilités très limitées de divulgation par la suite. Pour ce faire, « les pièces relatives au projet sont placées dans une pièce, dont l'accès est réglementé »[222], règlementation pouvant intervenir sous un aspect contractuel consensuel mais étant plus vraisemblablement fixée de façon unilatérale.

Cette pratique va donc intervenir préalablement à la conclusion du contrat définitif entre les partenaires et va permettre la diffusion des informations confidentielles et du secret dans un espace clos, duquel il n'est pas possible de ressortir avec des notes ou documents. La *data room* intervient notamment dans le cadre des rachats de sociétés ou des opérations financières de très grande envergure[223].

Mais ce contrôle d'accès strict à l'information a pu être retoqué par la jurisprudence, la Cour de cassation jugeant que cette pratique a pu constituer un trouble illicite aux administrateurs de Gaz de France lors des négociations concernant la fusion avec Suez[224]. Une telle décision est cependant difficile à comprendre étant donné que la même chambre avait considérait plus tôt qu'une simple « mise à disposition » de l'information à l'initiative du Président du conseil d'administration était valable[225]. Ainsi, la procédure de la *data room* semblerait parfaitement envisageable malgré ces restrictions d'accès. Toutefois, la pratique juridique a encore du mal à percevoir les utilités de cette méthode récente en France, B. Dondero et C. Hausmann expliquant par exemple en 2008 que la *data room* est limitée aux cessions d'actifs importants et aux cessions d'entreprise[226]. Une telle limitation serait inepte au vu des possibilités extrêmement larges et intéressantes d'une telle pratique, permettant de protéger les secrets préalablement à la conclusion d'un contrat comprenant une obligation de confidentialité ou même d'autres instruments contractuels tels que ceux précédemment mentionnés.

Ainsi, bien que demandant une certaine organisation, la procédure de la *data room* ne semble pas imposer plus de contraintes que la rédaction d'un accord de confidentialité accompagné d'une obligation de non-exploitation, un tel accord devant réunir le consentement des deux parties et donc également faire l'objet d'une négociation. Néanmoins, pour les projets d'envergure, la *data room* pourrait s'avérer couteuse en termes financiers et de temps, les pièces devant être réunies, organisées puis mises à dispositions dans un local approprié. Toutefois, cette technique n'est pas une solution « miracle », la tentative d'organisation d'une

---

[221] CJUE, 15 janvier 2015, *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, renvoi préjudiciel – directive 96/9/CE, aff. n° C-30/14. – V. observations de S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 214.

[222] J.-M. GARINOT, *op. cit*.

[223] W. DROSS, *op. cit*., p. 153 et s.

[224] C. cass., com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.311, publié au bulletin, publié au bulletin, note B. DONDERO, *RTD Com.*, 2008, p. 363.

[225] C. cass., com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-11.421, inédit.

[226] B. DONDERO et C. HAUSMANN, « Les data rooms : une pratique vue sous un angle théorique », *Droit & patrimoine*, n° 175, novembre 2008, p. 62.

protection physique des secrets d'affaires s'exposant, tout comme la protection contractuelle de façon globale, à la publicité intervenant dans le cadre de l'instance visant à défendre ces instruments de protection.

b. Le besoin de protéger les secrets d'affaires durant l'instance

La publicité de la justice remettant en cause la protection des secrets d'affaires. – Comme il a pu être mentionné dans un colloque tenu en juin 2017 à la cour d'appel de Paris, « actuellement, les procédures de droit commun malmènent le secret des affaires qui se heurte aux principes fondamentaux de la procédure (contradictoire, publicité, loyauté) alors que certaines procédures spécifiques (devant l'Autorité de la concurrence, devant les autorités étrangères, procédures arbitrales) en sont plus respectueuses »[227]. En effet, alors que certaines procédures permettent une grande confidentialité durant l'instance, le principe va à la publicité de la justice, comme le prévoit notamment l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[228].

Se pose donc un problème vis-à-vis de la préservation des secrets d'affaires puisque, lorsque l'entreprise créancière d'une obligation contractuelle de confidentialité va vouloir défendre en justice son droit, la publicité de la justice va amener à la divulgation desdits secrets d'affaires qui auraient été confiés durant l'instance. Cette problématique n'est pas nouvelle et avait déjà pu être mentionnée par Savary dans *Le parfait négociant*[229], celui-ci dénonçant la pratique des commerçants tenant à saisir la justice pour pouvoir consulter les comptes de leurs concurrents.

Alors même que les journalistes bénéficient par exemple de la protection de leurs sources[230] (*cf. infra*), les entreprises ne peuvent conserver la confidentialité de leurs secrets d'affaires qu'avec des moyens « traditionnels » tels que le huis-clos prévu par l'article 400 du Code de procédure pénale ou l'audience en chambre du conseil prévue par les articles 433 et suivants du Code de procédure civile. Toutefois, cette limitation de la publicité de l'audience ne va pas avoir d'effet sur la publication de la décision et va donc amener les entreprises à un dilemme : dévoiler leurs secrets d'affaires pour faire sanctionner leur divulgation par le cocontractant ou ne pas dévoiler leurs secrets mais empêcher une véritable sanction. Ce dilemme était notamment celui s'étant présenté dans l'affaire Michelin étudiée précédemment.

Face à cette limite de la protection contractuelle des secrets d'affaires qui, bien qu'intéressante, va devoir céder lorsqu'elle doit être défendue en justice, une alternative majeure se présente : l'arbitrage.

La possibilité d'une véritable protection de la confidentialité des contrats par la stipulation d'une clause d'arbitrage. – Ce nouvel instrument contractuel va permettre d'éviter, « selon la formule du doyen Ripert, qu'un commerçant ne puisse « profiter d'un procès (…) pour se renseigner » »[231]. C'est ainsi que certains auteurs ont pu dire « Préférez l'arbitrage ! »[232], conseil qu'il convient de reprendre dans le cadre de cette étude.

En effet, la sentence arbitrale, à l'image de la procédure d'arbitrage, sera confidentielle et pourra par conséquent permettre une véritable défense des secrets d'affaires qui ne remettrait pas en cause leur caractère secret. Ce principe de la confidentialité de l'arbitrage est notamment exposé par l'article 1464 du Code de procédure civile et par divers règlements internationaux[233], ceci permettant de tenir comme

---

[227] Y.-M. SERINET, « Colloque – Secret et procès », *JCP G*, n° 27, 3 juillet 2017, doctr. 782.

[228] Art. 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (dite « Convention européenne des droits de l'Homme »), Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950 : « (…) le jugement doit être rendu publiquement (…) ».

[229] J. SAVARY, *op. cit*.

[230] Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, dite « loi Dati ».

[231] RIPERT, DURAND et ROBLOT, *Droit commercial*, 5ème édition, n° 439 cité par F. ANGÉ, *op. cit*.

[232] E. LOQUIN et L. B. BUCHMAN, « Préférez l'arbitrage ! », *Gazette du palais*, n° 260, 2008, p. 9.

[233] V. par exemple articles 75 à 78 du Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, en vigueur depuis le 1er juin 2014.

confidentiel « l'ensemble des éléments de l'arbitrage »[234] : existence de l'arbitrage, audience, documents et pièces produits durant la procédure, moyens de preuve, sentence, etc.

L'arbitrage est donc très puissant, ceci faisant même douter certains auteurs sur la potentielle sanction pénale des arbitres et de l'institution d'arbitrage en cas de violation de cette confidentialité[235], ceci sur le fondement de l'article 226-13 du Code pénal (sur la violation du secret professionnel – *cf. supra*). Toutefois, celui-ci n'est pas confidentiel de manière infinie puisque cette confidentialité va par exemple céder sur certains points s'agissant des sociétés cotées : l'Autorité des marchés financiers va être informée de ces procédures et le document de référence annuel devra les mentionner. Enfin, en cas de contestation de la sentence arbitrale au moment de la demande d'exequatur, la publicité pourra intervenir à nouveau, ou tout du moins une certaine « transparence »[236].

La stipulation d'une clause d'arbitrage dans les contrats comportant une obligation de confidentialité est donc extrêmement intéressante puisqu'elle facilitera le règlement d'éventuels litiges de façon confidentielle. Néanmoins, cette procédure ne peut être envisageable pour tous les types d'entreprises, celle-ci ayant un coût extrêmement élevé qui ne peut être supporté par les petites et moyennes entreprises, qui devront donc se contenter de la justice étatique et supporter la nécessaire atteinte à leurs secrets d'affaires pour pouvoir défendre leurs intérêts.

Conclusion de la section 2. – L'étude opérée dans cette deuxième sous-partie a permis de démontrer que, malgré les difficultés liées à la complexité de la protection légale des secrets d'affaires, la matière contractuelle permet le développement d'une protection très intéressante desdits secrets en s'adaptant concrètement à chaque situation particulière des entreprises.

Les « instruments contractuels » divers et variés vont effectivement permettre d'envisager la protection des informations confidentielles des entreprises, et notamment l'obligation contractuelle la plus importante : l'obligation découlant des clauses de confidentialité. Toutefois, cette protection contractuelle va très rapidement apparaître comme étant véritablement complexe, sa rédaction nécessitant une anticipation et des connaissances juridiques importantes. En effet, la protection des secrets d'affaires dépend, dans cette situation, de la rédaction qui aura été faite des clauses. Une clause trop large amènera donc une interprétation des parties, voire même du juge, qui sera dommageable à la protection du secret confié, quand une rédaction trop étroite empêchera d'appréhender des situations non anticipées mais à la proximité évidente. Par ailleurs, la complexité de la matière va également découler du fait que le secret protégé n'est pas nécessairement matérialisé, celui-ci doit donc faire l'objet d'une définition appropriée. Enfin, toute clause de confidentialité doit être considérée comme étant autonome vis-à-vis du contrat principal afin de ne pas être affectée par la nullité de ce dernier, alors même que la divulgation du secret qu'elle organise est la justification même du contrat principal[237].

En outre, la protection contractuelle des secrets d'affaires fait apparaître de nombreuses lacunes en ne permettant pas d'appréhender correctement les savoir-faire, mais aussi en se limitant nécessairement aux parties au contrat et à une durée préalablement prévue. L'insuffisance des sanctions, avec une simple réparation par équivalent, et le caractère parfois redondant vis-à-vis de la loi des clauses stipulées amènent également parfois à s'interroger quant à l'utilité réelle d'une protection contractuelle des secrets d'affaires, celle-ci semblant finalement peu efficace dans l'économie actuelle. Pourtant, les entreprises accordent une grande valeur aux accords de confidentialité, ceux-ci liant – au moins symboliquement – les cocontractants dans le secret.

A l'instar de la protection légale des secrets d'affaires, la protection contractuelle est donc dans une situation ambiguë, à la fois très intéressante et trop restreinte, fortement mise en œuvre par la pratique et également ignorée sur certains de ses pans par celle-ci. En effet, la protection contractuelle des secrets

[234] E. LOQUIN, « Arbitrage commercial international – Notion », *JCL Droit international*, fasc. 720, mise à jour 25 août 2015.
[235] E. LOQUIN, « Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres », *JCL Propriétés publiques*, fasc. 8, mise à jour 04 novembre 2015.
[236] J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 276.
[237] J.-M. GARINOT, *op. cit*.

d'affaires ne peut se réduire à la clause de confidentialité, même si celle-ci en constitue la partie la plus importante, d'autres mécanismes se basant au moins de manière indirecte sur le contrat ne pouvant être ignorés et ayant tout leur intérêt, à l'image des pratiques de *data room* et des clauses d'arbitrage. Toutefois, ces deux exemples ne permettent pas de contrebalancer une sanction véritablement insuffisante de la violation des secrets d'affaires protégés par le contrat, sanction malheureusement trop souvent décorrélée du préjudice subi.

Conclusion de la partie 1. – Pour conclure cette première partie, il convient donc de voir que le système français positif de protection des secrets d'affaires est véritablement dual, oscillant entre une protection légale pouvant être forte mais souffrant de son éclatement et une protection contractuelle fortement symbolique mais à la complexité extrême due à l'anticipation qu'elle impose et aux limitations de sa sanction.

Ces deux types de protection doivent aujourd'hui être combinés pour assurer une protection très large des secrets d'affaires, ceux-ci ne pouvant malheureusement être appréhendés de façon unitaire par un régime propre. Alors qu'il serait faux de dire que ces secrets d'affaires sont aujourd'hui bien protégés en droit français, du fait de la dispersion et de l'éclatement des dispositions légales et de la difficulté liée à l'emploi d'outils contractuels, il serait également faux d'expliquer que cette protection serait inexistante, du fait d'un grand nombre de mécanismes très puissants intervenant pour certains types de secrets tels que le secret professionnel ou la confidentialité de la procédure d'arbitrage, cette dernière permettant de défendre efficacement des secrets d'affaires contractuellement protégés.

Malgré la prise de conscience ancienne des lacunes d'un tel système, préjudiciable à la compétitivité des entreprises françaises ou établies en France, le législateur n'est pas parvenu à adopter un régime propre et spécifique de protection des secrets d'affaires, permettant de faire une balance entre les intérêts des entreprises et de la société (au sens social du terme). Cette problématique concernant une balance des intérêts reviendra d'ailleurs en force avec les récentes évolutions européennes sur la question des secrets d'affaires. Toutefois, il est possible de mentionner une évolution liée à l'ordonnance de réforme du droit des obligations, créant un article 1112-2 du Code civil et affirmant un principe de confidentialité des négociations précontractuelles, qui démontrerait un retour de la loi sur le contrat vis-à-vis de ces questions de protections des secrets d'affaires[238].

Une telle reprise en main du régime de protection par la loi va, en toute logique, avoir clairement lieu d'ici le 8 juin 2018 par la nécessaire transposition de la directive européenne dite « secrets d'affaires », qui doit intervenir en France et dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Cette directive remet en cause le système français actuel, fait de forces et de faiblesses, et tente donc d'unifier une protection éclatée entre de nombreux mécanismes et disciplines qui ne sont, pour la plupart, pas propre à la protection des secrets d'affaires.

Il convient donc à présent d'observer ces évolutions récentes allant bouleverser le système français de protection en l'améliorant grandement afin de le faire coïncider aux évolutions économiques, mais en apportant également de nouveaux questionnements et problématiques.

[238] A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit*.

Partie II – Le développement européen d'une véritable protection du secret des affaires

« En l'état du droit positif, le secret des affaires et sa protection font l'objet de dispositions éparses et parcellaires. Son contenu et son régime restaient à définir »[239]. En effet, comme il a été vu précédemment, la protection du secret des affaires en France s'effectue au travers d'un régime dual comprenant, malgré quelques outils d'une force non négligeable, des lacunes trop importantes pour que celui-ci soit efficient. Ainsi, après l'échec de plusieurs tentatives pour créer un régime propre de protection des secrets d'affaires en France (*cf. supra*), l'Union européenne a pris l'initiative de lancer un tel chantier législatif commun à tous les États membres.

Plus précisément, la Commission européenne a annoncé fin 2013 sa volonté de mettre en place une directive protégeant les entreprises européennes contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de leurs savoir-faire et de leurs informations commerciales non divulgués. Cette proposition de directive s'inspirait largement de la législation américaine et de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et avait pour objectif d'améliorer la compétitivité des entreprises européennes dans le monde. Avec cette nouvelle législation européenne, les États membres disposent d'un délai de deux ans pour transposer dans leurs droits nationaux un régime de protection des secrets d'affaires propre et à la définition large, prévoyant des sanctions civiles importantes.

Toutefois, suite aux récents scandales internationaux tels que les *Panama papers*[240] ou encore les révélations faites par Wikileaks[241] ou Edward Snowden[242], une telle proposition de mettre en place un régime de protection extrêmement important des secrets d'affaires a cristallisé les critiques, notamment des journalistes, vis-à-vis de l'entrave qu'un tel régime de protection serait vis-à-vis des droits et libertés fondamentaux tels que la liberté d'expression, la liberté d'information, la liberté de la presse, etc. Ainsi, suite à des craintes autant légitimes que parfois infondées, des garde-fous ont été mis en place entre la proposition de directive et la directive finale, mais d'autres moyens permettant de limiter cette protection des secrets d'affaires devront être développés au sein de chaque État membre afin de concilier l'intérêt économique européen avec les libertés fondamentales des citoyens. Mais l'intérêt général n'est pas la seule préoccupation intervenant vis-à-vis de cette protection des secrets d'affaires, les intérêts privés des créanciers, de l'administration fiscale, des parties dans le cadre d'une instance judiciaire, etc. doivent également être assurés malgré cette force donnée aux secrets d'affaires.

Il convient donc d'étudier, dans un premier temps, la reconnaissance bienvenue d'une notion *sui generis* de secret des affaires (section 1), avant de voir, dans un second temps, l'encadrement indispensable des balbutiements du secret des affaires par la protection des droits et intérêts des tiers (section 2).

---

[239] E. LOQUIN, « Préface » *in* J.-M. GARINOT, *op. cit*.

[240] *The Panama papers*, The International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), https://panamapapers.icij.org/ (site consulté le 24 août 2017). – V. également J. TILOUINE et al., « Chefs d'État, sportifs, milliardaires : premières révélations des « Panama papers » sur le système offshore mondial », *Le Monde*, 03 avril 2016, www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/03/chefs-d-etat-sportifs-milliardaires-premieres-revelations-des-panama-papers-sur-le-systeme-offshore-mondial_4894816_4890278.html (site consulté le 24 août 2017).

[241] *What is Wikileaks*, Wikileaks, 03 novembre 2015, www.wikileaks.org/What-is-Wikileaks.html (site consulté le 24 août 2017).

[242] G. GREENWALD et al., « Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations », *The Guardian*, 11 juin 2013, www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance (site consulté le 24 août 2017).

Section 1 – La reconnaissance bienvenue d'une notion *sui generis* de secret des affaires

L'Union européenne a donc réalisé ce que la France tentait de faire depuis une dizaine d'années avec la directive dite « secrets d'affaires », adoptée le 8 juin 2016[243]. Comme mentionné précédemment, cette directive n'est pas une création européenne *ex nihilo*, celle-ci s'inspire du droit comparé puisque des législations étrangères s'avèrent extrêmement intéressantes sur la question. Cette protection est également déjà connue du droit européen, certaines législations (notamment issues de directives et de règlements) et même la jurisprudence ayant déjà pu appréhender cette idée de protection des secrets d'affaires de manière indirecte. Enfin, le système mis en place par l'Organisation mondiale du commerce a été une source d'inspiration exceptionnelle en la matière, celui-ci s'avérant être très intéressant.

Il est alors possible de voir, tout d'abord, l'influence internationale majeure de la protection du secret des affaires (A.), puis de voir ensuite, plus précisément, la directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 (B.).

A. L'influence internationale majeure de la protection du secret des affaires

La mise en place d'un régime spécifique de protection des secrets d'affaires en Europe ne peut être appréhendée correctement sans observer préalablement les systèmes mis en place en droit comparé, dont notamment aux États-Unis, véritable précurseur de cette notion. Ces développements contemporains doivent également être envisagés comme étant une suite à la tentative de protection globale du secret des affaires opérée par l'Organisation mondiale du commerce, tentative s'avérant malheureusement peu efficace dans la pratique.

Il est donc nécessaire de voir, en premier lieu, un développement international de définitions de la notion de secret des affaires (1.), puis de voir, en deuxième lieu, une tentative de protection du secret des affaires sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (2.).

1. Un développement international de définitions de la notion de secret des affaires

Comme exposé jusqu'à maintenant, la notion de secret des affaires ne fait pas l'objet d'une définition clairement admise en France. Cette caractéristique se retrouve également en droit comparé avec une absence de définition dans une grande partie des pays de l'Union européenne[244]. Toutefois, certains pays tels que la Chine, le Japon et les États-Unis ont développé une législation très concrète sur la protection des secrets d'affaires.

Il convient donc d'envisager la législation américaine précurseur sur la protection du secret des affaires (a.), avant d'envisager la prise en compte de la protection du secret des affaires découlant des nouvelles dynamiques économiques mondiales (b.).

a. Une législation américaine précurseur sur la protection du secret des affaires

Les États-Unis sont depuis de nombreuses années à l'avant-garde des développements d'une protection des secrets d'affaires. Deux législations doivent notamment être observées ici, celles-ci étant

[243] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 8 juin 2016.

[244] *Document de travail des services de la Commission – Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document Proposition de directive (…)*, Commission européenne, 28 novembre 2013, SWD (2013) 472 final, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0472&from=FR (site consulté le 24 août 2017).

complémentaires et ayant donné un modèle au reste du monde pour la protection des entreprises : l'UTSA et l'EEA.

L'innovation de l'*Uniform trade secrets act* (UTSA). – L'UTSA est encore aujourd'hui considéré comme l'une des législations les plus abouties concernant la protection du secret des affaires alors même qu'elle a été adoptée il y a presque quarante ans, en 1979, par l'*Uniform Law Commission*, organisme chargé d'œuvrer pour l'harmonisation des législations en vigueur au sein des différents États des États-Unis[245]. En mai 2013, l'UTSA était adopté par 47 des 50 États des États-Unis, mais aussi par le District de Columbia, Porto Rico et les Îles vierges des États-Unis.

Cette législation stable, ayant seulement connu une mise à jour en 1985 par le biais d'amendements, et à l'application large a proposé ce qui peut être considéré comme la première définition du concept contemporain de secret des affaires. Cette définition est la suivante[246] :

> « *"Trade secret" means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that:*
> *(i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and*
> *(ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy*. »[247]

Cette définition est donc extrêmement large puisqu'elle permet par exemple de prendre en compte les savoir-faire, mais aussi de simples idées comme ont pu le juger des juridictions californiennes[248]. L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sera ensuite sanctionnée lorsque ce secret aura été obtenu de manière illicite, ceci ne prenant pas en compte les découvertes liées à la rétro-ingénierie ou encore les découvertes incidentes et indépendantes.

Bien que certains aspects de cette définition extensive interrogent, à l'image de la valeur économique du secret, semblant complexe à évaluer, celle-ci a le mérite de fixer la notion en effectuant un compromis permettant de ne pas brider l'innovation des entreprises concurrentes.

Un point important de cette définition est la nécessité de mettre en œuvre une protection du secret afin que celui-ci soit pris en compte par l'UTSA, cette protection étant l'objet de débats en jurisprudence sur le type de mesure pouvant être pris en compte[249].

---

[245] *Uniform Law Commission*, www.uniformlaws.org : « *The Uniform Law Commission provides states with non-partisan, well conceived, and well drafted legislation that brings clarity and stability to critical areas of state statutory law* », c'est-à-dire en français (traduction personnelle) « l'*Uniform Law Commission* procure aux États des textes législatifs impartiaux, correctement conçus et proprement rédigés qui apportent clarté et stabilité dans des domaines cruciaux de leur droit ».

[246] Texte complet de l'UTSA sur : www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf (site consulté le 24 août 2017).

[247] Traduction proposée par S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 8 : « Le secret commercial désigne une information, y compris une formule, modèle, compilation, programme, dispositif, une méthode, une technique ou processus, qui :
(i) A une valeur économique indépendante, réelle ou potentielle, découlant de son caractère secret et qui n'est généralement connue ou facilement accessible que par des moyens appropriés par d'autres personnes qui pourraient obtenir une valeur économique de sa divulgation ou de son utilisation,
(ii) Est l'objet de mesures de protection qui sont raisonnables dans les circonstances pour préserver leur confidentialité. »

[248] Cour d'appel de l'État de Californie, 9 mai 2014, *Altavion, Inc. v. Konica Minolta Systems Laboratory Inc.*, www.3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/Altavion-v-Konica.pdf : « Ideas are protectable as trade secrets » (site consulté le 24 août 2017). – V. observations de S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 8 et s.

[249] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 8 et s.

Malgré tout son intérêt et son innovation[250], l'UTSA n'était pas suffisant pour protéger le secret des affaires, il lui fût donc adjoint un deuxième texte : l'EEA.

La complétion du système avec l'*Economic espionnage act* (EEA). – En 1996 est intervenue une loi fédérale, étant donc contraignante dans l'ensemble des États des États-Unis, afin de mieux protéger les entreprises contre l'espionnage économique.

L'EEA possède une définition quasiment identique à celle de l'UTSA mais diffère sur le régime puisqu'il prévoit des sanctions pénales pouvant être très élevées, jusqu'à dix millions de dollars de sanctions financières. Malgré les critiques expliquant une situation inverse, la jurisprudence a montré que ces dispositions ont pu être appliquées, par exemple à l'encontre de la société DuPont[251].

Ici encore, un débat intervient en jurisprudence sur les mesures qui doivent être mises en œuvre par les entreprises pour protéger leurs secrets d'affaires afin que cette législation puisse leur être applicable. Toutefois, l'existence d'un volet répressif est intéressante au regard de son absence dans la nouvelle directive européenne s'inspirant pourtant de ce régime américain très développé (*cf. infra*).

b. Une prise en compte de la protection des secrets d'affaires découlant des nouvelles dynamiques économiques mondiales

La protection des secrets d'affaires est une notion évolutive, celle-ci dépendant fortement de considérations politiques, économiques, juridiques et sociales. Dans la période contemporaine, de nombreuses évolutions sont intervenues à un niveau macroéconomique, mais également microéconomique, du fait de la récente crise financière de 2007, du développement de marchés communs dans plusieurs régions du globe (et notamment en Europe) et enfin de l'émergence de nouvelles puissances économiques. Ainsi, les anciennes législations ont dû se transformer et de nouveaux pays ont dû légiférer sur la question.

De l'UTSA au *Defend trade secrets act* (DTSA). – Les États-Unis ont adopté le 11 mai 2016 une nouvelle loi fédérale[252] remplaçant l'EEA et permettant corriger les lacunes de l'UTSA[253], dont notamment son caractère non fédéral. En effet, les justiciables tendaient à effectuer des demandes sur différents fondements, fédéraux avec l'EEA, et locaux avec les diverses dispositions existantes au sein de chaque État. Ces divergences internes aux États-Unis pouvaient entrainer des stratégies de la part des entreprises ou des personnes divulguant des secrets d'affaires, situations qui s'avèrent problématiques du point de vue de l'anticipation de la protection et de la compétitivité internationale des entreprises américaines[254].

En outre, le DTSA prend également en compte des problématiques nouvelles, en prévoyant notamment une immunité pour les lanceurs d'alerte (*cf. infra*). Cette immunité devant être rappelée par les employeurs dans tout contrat de travail ou accord de confidentialité avec un salarié afin d'en réaliser une publicité importante.

Toutefois, la législation américaine n'est pas le seul exemple qu'il est possible de mentionner, même s'il est celui ayant eu le plus d'influence sur les développements, à l'international, de régimes de protection des secrets d'affaires.

---

[250] L'UTSA a notamment été repris, avec quelques aménagements, dans l'article 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) du 17 décembre 1992.

[251] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit.*, p. 11.

[252] *Defend trade secrets act*, 11 mai 2016, www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/1890/text (site consulté le 24 août 2017). – V. également J. JAEGER, « Companies now have federal remedy to protect trade secrets », *Compliance week*, juillet 2016, pp. 57-59.

[253] J. POOLEY, « The inadequacy of trade secret law – Why Congress should pass the DTSA », *Inventors digest*, mars 2016, pp. 40-43.

[254] E. GOLDMAN, « The new 'Defend Trade Secrets Act' » is the biggest IP development in years », *Forbes*, 28 avril 2016, www.forbes.com/sites/ericgoldman/2016/04/28/the-new-defend-trade-secrets-act-is-the-biggest-ip-development-in-years/#7e1fd22f4261 (site consulté le 24 août 2017).

Autres législations internationales intéressantes. – Au-delà des États-Unis, des pays sont régulièrement cités lorsqu'il est question de protections strictes contre la divulgation de secrets d'affaires. Il s'agit notamment de la Chine et du Japon. Mais il est également possible de voir d'autres exemples, à l'image de la Suisse, qui a pu développer une sanction pénale en cas de divulgation « d'informations économiques confidentielles »[255].

D'autres pays vont plutôt se situer dans une situation de compromis, à l'instar de l'Allemagne, opérant une balance des intérêts entre des exigences très fortes de publicité et la nécessité de protéger une certaine confidentialité[256].

Il n'est pas ici nécessaire d'aller plus loin que ces simples mentions, l'exemple américain étant le plus intéressant du point de vue de l'étude des influences internationales sur le régime de protection qui sera développé en France d'ici moins d'une année. En effet, cet exemple de protection développé aux États-Unis a été la base de travail des accords ADPIC de l'Organisation mondiale du commerce, accords qui doivent être à présent observés.

2. Une tentative de protection du secret des affaires sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce

Une des seules grandes tentatives d'harmonisation de la protection des secrets d'affaires à grande échelle revient à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui a, dans ses accords sur les ADPIC[257] – relatifs à la propriété intellectuelle, développé un régime de protection spécifique des secrets d'affaires qui est encore aujourd'hui fondamentalement intéressant à étudier.

Il convient donc d'observer l'accord sur les ADPIC en lui-même (a.), avant d'envisager le régime de protection des secrets d'affaires mis en place par l'accord sur les ADPIC (b.).

a. L'accord sur les ADPIC

Un accord sous influence américaine. – Tout d'abord, comme précédemment expliqué, il est nécessaire de mentionner l'impact extrêmement important qu'a eu la législation américaine sur le développement d'une problématique concernant la protection des secrets d'affaires dans le monde. Cet impact est également visible ici, au travers de l'influence américaine au sein de l'OMC, organisation ayant géré l'accord sur les ADPIC, qui sont d'ailleurs annexés à l'accord de Marrakech instituant l'organisation[258].

Ainsi, en 1994, l'influence de l'UTSA produisait, quinze ans plus tard, un développement international de ce que cette législation proposait aux États américains afin de protéger le secret des affaires dans les États membres de l'OMC. En effet, le régime de protection mis en place était alors inspiré de façon substantielle du régime américain, voire même copié comme ont pu le dire certains auteurs[259].

L'article 39 de l'accord sur les ADPIC. – La protection du secret des affaires mise en place par l'OMC, sous influence de l'UTSA, est observable à l'article 39 de l'accord sur les ADPIC, qui dispose dans son paragraphe 1 que :

> « 1. 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 conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3. »

[255] J.-M. GARINOT, *op. cit*.
[256] S. CORNELOUP, *op. cit*.
[257] Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994.
[258] Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994.
[259] V. par exemple S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 11 et s.

Cet article organise donc une protection des secrets d'affaires dans les États membres de l'OMC en imposant à ces derniers de protéger les « renseignements non divulgués » au travers de dispositions concernant la concurrence déloyale. En conséquence, la France, avec son appréhension légale de la concurrence déloyale (*cf. supra*), respecte cet article.

Cependant, il est ici possible de voir une lacune importante de cet accord, qui n'impose pas aux États de développer une législation spécifique à la protection des « renseignements non divulgués » et qui se satisfait de législations préexistantes sur la concurrence déloyale alors même que celles-ci ne sont pas nécessairement adéquates ou intéressantes dans un tel objectif, à l'instar de la France. Cette problématique est reconnue par l'OMC, qui explique avoir conscience de la diversité des systèmes de protection de la propriété intellectuelle dans le monde, diversité s'ajoutant à un manque de coopération dans le domaine de la sanction de la contrefaçon, tout cela ayant été « une source croissante de tensions dans les relations économiques internationales »[260].

Mais l'objectif d'harmonisation des dispositifs de protection des secrets d'affaires, ici « renseignements non divulgués » ne peut être seulement critiqué, celui-ci étant louable sur le principe, d'autant plus que certains envisagent pour ce texte une force bien plus importante que ce qui est habituellement considéré.

Un accord à l'effet direct pour les particuliers ? – Une telle question peut paraître surprenante pour une simple annexe à l'accord instituant l'OMC, il convient néanmoins de mentionner l'opinion doctrinale existante selon laquelle l'accord sur les ADPIC pourrait être invoqué directement par les justiciables en France pour la défense de leurs secrets d'affaires. Cette idée est notamment celle de C. Caron, qui la déduit de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 et de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes[261].

Toutefois, cette opinion a pu être fortement critiquée par d'autres auteurs[262] et a été remise en cause par la jurisprudence européenne[263] comme par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris[264]. Il est néanmoins nécessaire d'être prudent avec ces jurisprudences, d'autres décisions ayant pu donner un effet direct à l'accord sur les ADPIC[265], cet effet direct dépendant de l'existence, ou non, de dispositions communautaires précises sur la même problématique.

Ainsi, cette question de l'effet direct pour les particuliers étant peu claire et loin de faire l'unanimité, il est préférable de rester sur la critique précédemment effectuée et de considérer l'accord sur les ADPIC comme un acte manqué, celui-ci ayant échoué à instaurer un large régime de protection des secrets d'affaires et étant donc doté d'une faible efficacité dans la pratique quotidienne de la protection des secrets d'affaires. Il convient toutefois d'observer le régime que celui-ci proposait aux États de mettre en œuvre.

b. Le régime de protection des secrets d'affaires mis en place par l'accord sur les ADPIC

La mise en place d'une conception commune du secret des affaires. – Comme précédemment mentionné, l'article 39 organise une « protection des renseignements non divulgués », notion permettant, de façon tout à fait intéressante et innovante, de proposer une définition des secrets d'affaires. Ces renseignements non

---

[260] « Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce de marchandises de contrefaçon » *in Textes juridiques : les accords de l'OMC*, Organisation mondiale du commerce, www.wto.org/french/docs_f/legal_f/ursum_f.htm#nAgreement (site consulté le 24 août 2017).

[261] C. CARON, « Droit de la propriété industrielle – Chronique », *JCP E*, n° 1, 3 janvier 2008, 1000.

[262] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 12.

[263] V. par exemple : CJCE, 14 déc. 2000, *Parfums Christian Dior c. TUK Consultancy BV et autres*, aff. C-300/98 et C 392/98.

[264] CA Paris, Chambre 4, section B, 22 avril 2005, *Perquin / Société Universal Pictures Video France*, n° JurisData 2005-268600, note C. VILMART, « Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch », *JCP E*, n° 27-28, 7 juillet 2005, 1052.

[265] V. par exemple : CJCE, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos L^da^ c. Merck & Co. Inc. et Merck Sharp & Dhme L^da^*, aff. C-431/05.

divulgués sont une conception assez large de la notion, qui peut comprendre également les savoir-faire, jusqu'ici difficilement protégeables, comme les « véritables » renseignements tels que les données, formules, etc.

Tout l'intérêt de cette définition a été de mettre en place un point de départ à la protection des secrets d'affaires dans tous les pays membres, ceux-ci appréhendant désormais la question sous une telle optique plutôt extensive de la notion. Cette idée de « renseignements non divulgués » doit être conservée à l'esprit étant donné ses implications dans les futurs développements de la matière (*cf. infra*). Mais au-delà de cette brève définition d'un secret des affaires, l'article précise également les conditions devant encadrer sa protection.

Le développement de trois critères permettant la protection des secrets d'affaires. – Le deuxième paragraphe de l'article 39 de l'accord sur les ADPIC est rédigé de la façon suivante :

> « 2. Les personnes physiques et 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 honnêtes10, sous réserve que ces renseignements :
> a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
> b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et
> c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets. »

Celui-ci prévoit donc trois critères permettant d'engager une protection du secret des affaires. Ces « renseignements licitement sous contrôle » doivent donc être non divulgués (1), c'est-à-dire secrets, mais avoir également une valeur commerciale en raison du premier caractère (2) et enfin faire l'objet de mesures de protection destinées à conserver le caractère secret de ces informations (3).

Cette idée de conditions cumulatives permettant une mise en œuvre de la protection n'est pas nouvelle, celle-ci étant préalablement visible avec l'UTSA (*cf. supra*), qui mêlait les deux premiers critères en un seul et prévoyait ensuite le troisième, mais aussi dans l'Accord de libre-échange nord-américain, développant de manière identique les trois critères[266]. Les trois propositions de l'accord sur les ADPIC furent ensuite reprises dans les propositions de loi françaises sur la protection des secrets d'affaires, à l'image de la proposition Le Roux/Urvoas, même si cette dernière prévoyait une conception plus large de la valeur commerciale en traitant plutôt d'une valeur économique pouvant également tenir compte de simples projets[267]. Ces propositions furent également le modèle de la directive européenne (*cf. infra*).

En conclusion, malgré son caractère peu efficace, l'accord sur les ADPIC s'avère très intéressant pour être une tentative de développement, à grande échelle, de ce que proposait l'UTSA aux États-Unis. Le développement proposé de l'appréhension de la notion de secret des affaires et des conditions à remplir pour envisager une protection de celui-ci est une avancée très importante dans la matière, avancée qui peut s'observer au regard de l'impact qu'a eu cet accord sur les propositions faites en France et en Europe. La volonté d'harmonisation au sein de l'OMC est par ailleurs fondamentale dans une optique de compétitivité globale des entreprises et « d'efficacité économique »[268].

---

[266] V. art. 1711 de l'ALENA.
[267] M. MALAURIE-VIGNAL et B. WARUSFEL, « 3 questions. Protection des secrets d'affaires : comparaison entre les propositions européenne et française, *JCP E*, n° 47, 20 novembre 2014, 868.
[268] O. COUSI, *op. cit*.

Pour ces mêmes raisons, renforcées par l'existence du marché commun, l'Union européenne a donc souhaité développer sa propre protection des secrets d'affaires, ceci en partant de la base offerte par l'accord sur les ADPIC, accord applicable dans l'ensemble de l'Union depuis une décision du Conseil de 1994[269].

B. La directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016

La nécessité de protéger les entreprises européennes face aux entreprises étrangères toujours plus protégées contre la divulgation de leurs secrets d'affaires, l'augmentation de l'espionnage industriel et la « plurivocité de la prédation économique »[270] ont donc poussé la Commission européenne à se saisir de l'enjeu de la protection des secrets d'affaires. Ainsi, après les échecs français de développement d'une telle protection, « le secret des affaires revient par la porte européenne »[271], avant une nécessaire transposition en France.

Toutefois, il est nécessaire de mentionner la préexistence de la volonté de protection des secrets d'affaires, ceux-ci étant auparavant seulement protégés de manière indirecte, sans mise en place d'un régime propre comme il est actuellement question.

Ainsi, il convient de voir, tout d'abord, l'appréhension logique de la protection des secrets d'affaires par l'Union européenne (1.), avant de voir, ensuite, la protection extensive mise en place par la directive et nécessitant quelques précisions (2.).

1. L'appréhension logique de la protection des secrets d'affaires par l'Union européenne

La volonté de protéger les secrets d'affaires, bien que non formulée de cette façon, a donc été appréhendée par l'Union européenne bien avant le projet de directive, même si ce dernier a consisté en un développement majeur d'un régime véritablement spécifique, s'imposant directement et strictement à l'ensemble des États membres.

Il est donc nécessaire de voir que cette notion était déjà connue (a.), avant d'envisager le projet de directive de 2013 (b.).

a. Une notion déjà connue

Le secret des affaires, et plus précisément sa protection, est une notion qui peut être observée dans différents pans du droit européen, celle-ci intervenant autant dans la législation européenne, au sens large du terme, que dans la jurisprudence de l'Union européenne.

Une appréhension de la notion par la législation européenne. – La nécessité de protéger les secrets des entreprises est présente dès le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, son article 339[272] prévoyant que :

> « Les membres des institutions de l'Union, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de l'Union sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les

[269] Décision 94/800/CE du Conseil relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), 22 décembre 1994.
[270] J.-J. URVOAS, *op. cit*.
[271] L. ARBELET, « Le secret des affaires revient par la porte européenne », *Dalloz actualité*, 21 avril 2015.
[272] Art. 339 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée au 7 juin 2016, C202/01.

renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient. »

Mais d'autres textes européens traitent également de façon indirecte de protection des secrets d'affaires, c'est par exemple le cas d'un règlement de 2014[273] qui, dans son article premier, donne une définition en trois critères similaires à celle de l'accord sur les ADPIC mais concernant les savoir-faire, éléments qui sont aujourd'hui censés entrer dans le secret des affaires au vu de l'intitulé de la directive.

Enfin, il est également possible de mentionner la directive sur les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles[274] qui contient des dispositions sur le secret des affaires, dont notamment, au paragraphe 18, la mention suivante : « si les preuves pertinentes contenant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles devraient, en principe, pouvoir être utilisées dans les actions en dommages et intérêts (…) ». Ces dispositions se retrouvent en France dans la transposition faite de cette directive[275].

Il n'est pas ici nécessaire d'observer d'autres exemples, les trois présentés ci-dessus permettant de voir l'existence actuelle de mesures protégeant les secrets d'affaires dans différents types de législation de l'Union européenne, dont notamment au sein du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dès sa version de 1957. Il convient donc d'observer la jurisprudence, qui connaissait également la notion bien avant le projet de directive.

L'intervention de la jurisprudence européenne pour la protection des secrets d'affaires. – Une des décisions les plus importantes de la matière est la décision *Postbank c. Commission* de 1996[276] qui jugeait que « les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci ».

Cet arrêt est fondamental en ce sens qu'il donne une définition de la notion avant même les premières réflexions sur l'introduction en Europe d'un régime de protection spécifique des secrets d'affaires. Celui-ci faisait également mention de cette définition comme résultant d'une « jurisprudence constante » résultant par exemple de l'arrêt *Akzo Chemie* de 1986[277] qui traitait déjà de « l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués », mais aussi de l'arrêt *SEP* de 1994[278] qui traitait lui du « principe général du droit des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires ».

Enfin, plus récemment, il est possible de mentionner ici la décision préjudicielle *Varec c. Belgique* de 2008[279] traitant du « principe de la protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires ». La jurisprudence a donc depuis longtemps intégré une notion de secret des affaires qu'il convient de protéger au titre d'un principe général. Ce principe énoncé par l'arrêt *SEP* précité a été formalisé par la Commission européenne dans son projet de directive publié en 2013, qu'il convient désormais d'aborder.

---

[273] Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, 21 mars 2014.

[274] Directive 2014/10/UE du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, 26 novembre 2014.

[275] Ordonnance n° 2017-303 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et Décret n° 2017-305 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, 9 mars 2017. – V. également *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2007-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles*, JORF n° 0059, 10 mars 2017, n° 28.

[276] TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank NV c. Commission*, aff. T-353/94.

[277] CJCE, 24 juin 1986, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK c. Commission*, aff. 53/85.

[278] CJCE, 19 mai 1994, *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven (SEP) NV c. Commission*, aff. C-86/92 P.

[279] CJCE, 14 février 2008, *Varec SA c. État belge*, aff. C-450/06.

b. Un projet de directive à compter de 2013

Le besoin d'une protection harmonieuse des secrets d'affaires dans le marché commun. – Le 28 novembre 2013, la Commission européenne publiait une proposition de directive « sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites »[280].

Cette proposition est intervenue, comme précédemment expliqué, afin « de promouvoir une compétitivité équitable et un environnement économique innovant »[281]. Cette idée de l'innovation était alors fondamentale, la recherche et développement et l'innovation scientifique étant pleinement liées à la capacité des États à garantir le fruit de ces recherches coûteuses et chronophages. Parallèlement, au-delà de l'absence d'une législation européenne sur la question, la critique fondamentale exposée à l'époque pour justifier la proposition était l'absence d'harmonie entre les États membres sur la protection du secret des affaires, alors même que celle-ci devrait aller de soi en raison de l'intégration toujours plus poussée du marché commun[282].

Par ailleurs, cette proposition faisait alors partie de la stratégie « Europe 2020 » destinée à harmoniser le marché unique dans un objectif de croissance économique[283]. Une telle stratégie reposant sur la prise en compte du secret des affaires par l'Europe n'est d'ailleurs pas nouvelle puisque F. Angé, dans sa thèse soutenue en 1968, soit dix années après la création de la Communauté économique européenne, développait déjà un chapitre intitulé « le secret des affaires et les autorités économiques européennes ».

La protection du secret des affaires est donc devenue un objectif à part entière pour la Commission, celle-ci allant jusqu'à ouvrir un site internet destiné à l'information du grand public sur l'intérêt de cette proposition aux enjeux économiques exceptionnels[284]. Toutefois, comme expliqué jusqu'à présent, cette volonté de l'institution européenne n'allait pas de soi, les disparités étant fortes au sein de l'Union sur cette notion[285] et un consensus sur celle-ci semblant impossible[286].

Les travaux préparatoires au projet de directive. – Au vu des enjeux économiques soulevés par cette proposition de directive et de l'absence totale de concordance entre les différentes législations des États membres, il fut nécessaire pour la Commission d'organiser d'importants travaux préparatoires.

Ces travaux, débutés en 2010 sous l'égide de la Direction Générale du marché intérieur et des services, ont réalisé un état des lieux des législations internes existantes, puis ont consisté en un questionnaire à destination des entreprises qui a été largement diffusé, puis intervint enfin une discussion entre les trois institutions que sont la Commission, le Conseil et le Parlement européens. Cette procédure d'élaboration a été fortement critiquée, notamment s'agissant de sa rapidité et de son enquête limitée aux très grandes entreprises, mais aussi du fait de son ignorance de l'avis des partenaires sociaux[287].

---

[280] *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*, Commission européenne, 28 novembre 2013, COM (2013) 813 final – 2013/0402 (COD).

[281] Traduction personnelle du communiqué de presse de la Commission européenne, en anglais : « *in order to promote fair competitiveness and an innovative business environment (…)* » ; V. « New EU framework for protection of trade secrets », Conseil de l'Union européenne, 26 mai 2014, communiqué de presse, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/142780.pdf (site consulté le 24 août 2017).

[282] *Public consultation on the protection against misappropriation of trade secrets and confidential business information – Summary of responses*, Commission européenne, 28 novembre 2013, www.ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8276 (site consulté le 24 août 2017).

[283] *Stratégie Europe 2020*, Commission européenne, www.ec.europa.eu/info/strategy/european-semester/framework/europe-2020-strategy_fr (site consulté le 24 août 2017).

[284] www.ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/trade-secrets/ (site consulté le 24 août 2017).

[285] J.-C. GALLOUX, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD Com.*, 2017, p. 59.

[286] D. MARTIN, *op. cit*.

[287] A. LINKENHELD, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur la proposition de directive relative au secret d'affaires*, Assemblée nationale, n° 2856, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juin 2015.

Toutefois, ces travaux ont permis à la Commission de mettre en lumière des chiffres édifiants puisqu'un quart des entreprises, en 2013, faisait état d'au moins un vol d'informations, chiffre qui n'était que de 18% l'année précédente[288]. Celle-ci a également fait une synthèse particulièrement parlante des disparités entre États membres s'agissant de la protection des secrets d'affaires (*cf. tableau en annexe*).

Enfin, cette procédure, bien que critiquée, a permis à la Commission et aux différentes institutions européennes d'intervenir rapidement suite à un premier scandale concernant le caractère potentiellement liberticide de la directive (*cf. infra*), intervention consistant notamment en une complète réécriture de l'article premier et à de nombreuses modifications de la proposition de directive tout au long de la procédure préalable à son adoption[289].

En conclusion, l'intervention européenne pour appréhender la protection du secret des affaires n'est donc pas une œuvre fondamentalement créatrice, intervenant *ex nihilo*, des traces de cette notion ayant pu être observées dans les textes et la jurisprudence européens. Toutefois, la Commission européenne a pleinement porté et défendu sa proposition de directive intervenant pour des nécessités de compétitivité économique, ce secret des affaires devant « donner un avantage concurrentiel »[290] aux entreprises européennes. Malgré les critiques tenant à l'élaboration de cette proposition, le travail de la Commission a pleinement intégré les enjeux pratiques des entreprises afin de proposer à ces dernières un complément, si ce n'est une alternative, aux dispositions permettant actuellement de protéger les secrets d'affaires, dont notamment la propriété intellectuelle[291].

Il convient donc à présent de voir plus en détail la directive telle qu'elle a été adoptée en 2016 et telle qu'elle devra donc être transposée dans le droit interne de chaque État membre avant le milieu de l'année 2018.

2. Une protection extensive nécessitant des précisions

Suite à la proposition de directive intervenue en 2013, et ayant subi de substantielles modifications, est donc intervenue l'adoption de la directive le 6 juin 2016[292], texte venant corriger les différents régimes existants afin d'organiser une véritable indemnisation de la violation des secrets d'affaires, ceci tout en s'inspirant, au-delà du droit comparé et des dispositions de l'accord sur les ADPIC (*cf. supra*), des dispositions européennes traitant de la propriété intellectuelle[293]. Toutefois, malgré tout son intérêt avec la création tant attendue d'un véritable régime de protection du secret des affaires, cette directive n'a pas fait l'unanimité et est, encore aujourd'hui, fortement critiquée sur certains de ses aspects.

Il est donc possible de voir, premièrement, la création d'un régime propre de protection des secrets d'affaires, avant de voir, deuxièmement, l'adoption d'une directive non exempte de critiques (b.).

a. La création d'un régime propre de protection des secrets d'affaires

La grande avancée de cette directive est la création d'un régime de protection du secret des affaires qui est spécifique, ne passant pas par le biais d'autres matières comme jusqu'à maintenant. L'article premier

---

[288] *Résumé pour les citoyens – Protéger les secrets d'affaires : proposition de l'Union européenne*, 2013, www.ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/131128_citizens-summary_fr.pdf (site consulté le 24 août 2017).

[289] Le détail de la procédure suivie entre la proposition et l'adoption peut être consulté sur le lien suivant : www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2013:0813:FIN (site consulté le 24 août 2017).

[290] O. de MAISON ROUGE et J.-P. VUILLERME, *op. cit*.

[291] O. de MAISON ROUGE, « La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau », *op. cit*.

[292] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 8 juin 2016.

[293] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 13 et s.

de la directive prévoit ainsi que « la présente directive établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ».

Il convient donc de voir plus précisément les apports de la directive vis-à-vis de la protection du secret des affaires.

Une définition extensive des secrets d'affaires pouvant être protégés. – Tout d'abord, il est nécessaire d'observer la définition donnée du secret des affaires par la directive, celle-ci est présente à l'article 2, rédigé comme suit :

> « « Secret d'affaires », des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :
> a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,
> b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,
> c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ».

Cette définition démontre clairement d'une filiation avec l'accord sur les ADPIC et les différentes influences tant internationales qu'européennes exposées précédemment. Celle-ci est relativement large et laisse donc par conséquent ouvertes diverses questions, à commencer par le fait de savoir quelles sont les mesures de protection raisonnables des informations non divulguées. La valeur commerciale, moins large que la valeur économique (*cf. supra*) interroge néanmoins puisqu'elle écarterait de simples projets. Mais cet article insiste également sur un point peu développé dans les autres définitions qui ont pu être étudiées jusqu'à présent et qu'il est intéressant d'observer : l'absence de consentement à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret par son détenteur.

Par ailleurs, la définition de la protection des secrets d'affaires n'est pas concentrée sur l'article 2, le suivant énumérant par exemple les moyens licites d'obtention et de divulgation d'un tel secret. Paradoxalement à un système de protection extensif, l'article laisse envisager une validation des procédés de retro-ingénierie, lorsque celle-ci n'est pas limitée par une « obligation juridiquement valide », c'est-à-dire un contrat (restriction ajoutée dans une des dernières rédactions de la proposition).

Enfin, l'article 4 achève cette définition en exposant, à l'inverse de son prédécesseur, les moyens illicites d'obtention, d'utilisation et de divulgation des secrets d'affaires. La directive est ici extrêmement sévère en considérant comme illicite la divulgation d'une information dont une personne aurait dû savoir qu'elle était secrète eu égard aux circonstances. Le texte sanctionne également le comportement « considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », comme le faisait l'accord sur les ADPIC ou la directive sur les marques[294].

Ce caractère extensif de l'appréhension des secrets d'affaires et de leur caractère illicite est pour certains une source d'insécurité juridique[295], malgré le fait que la directive prévoit un certain nombre d'exonérations au sein de son article 4. En effet, sont ainsi libérés de l'effet de la directive, sans être nommés directement comme tels grâce à une paraphrase, les journalistes et les lanceurs d'alerte (*cf. infra*). Ces exceptions ont fait l'objet de nombreux débats qui seront abordés dans la suite de cette étude et sont notamment justifiées au sein du préambule et de l'article premier de la directive.

Ainsi, il est possible de voir que la directive s'avère être une complexe opération de compromis ne permettant malheureusement pas une lecture aisée de cette nouvelle législation, cette définition des secrets d'affaires tels qu'ils sont entendus et protégés par le texte soulevant de nombreuses questions du fait de leur détail extrêmement poussé – bien plus que ne le faisaient les propositions de loi françaises. La Cour de justice de l'Union européenne aura donc un important travail de clarification et de précision à accomplir dans les

[294] Directive 89/104/CEE du Conseil rapprochant les législations des États membres sur les marques, 21 décembre 1988.
[295] A. LINKENHELD, *op. cit*.

années à venir, tout comme les juridictions nationales de chaque État, celles-ci pouvant dans l'attente prendre appui sur leur propre jurisprudence, la jurisprudence européenne ou, encore une fois, sur les pratiques américaines.

Un régime de protection très développé. – La Commission européenne, suite à l'adoption par le Parlement européen et le Conseil de sa proposition, a donc réussi avec brio l'introduction d'un « droit de propriété intellectuelle d'un genre nouveau »[296], constatation également faite par le Comité économique et social européen[297]. En effet, la protection proposée par la directive a une proximité sur certains points avec celle prévue par la directive sur la propriété intellectuelle de 2004[298], notamment s'agissant de la procédure avec la possibilité de mesures provisoires ou conservatoires[299], mais aussi de mesures « correctives » telles que des interdictions d'importation et d'exportation.

Parallèlement, la nouvelle directive va radicalement trancher avec la directive sur la propriété intellectuelle sur d'autres points, notamment du fait que le texte de 2016 ne met pas en place de droits privatifs pour les savoir-faire et informations commerciales non divulgués, cela pour les raisons exposées précédemment et tenant à la nature de l'information. D'autres éléments vont néanmoins faire de cette directive une protection très intéressante, en sus de ceux exposés ci-dessus, dont notamment une prise en compte de la problématique judiciaire dans le cadre des secrets d'affaires[300]. La confidentialité s'impose donc désormais aux différents intervenants à l'instance, les pièces confidentielles seront également d'accès restreint, tout comme l'accès aux audiences et à la décision complète énonçant les secrets d'affaires[301].

En outre, certaines dispositions renforcent encore l'efficacité souhaitée pour cette directive, à l'image de l'article 16 prévoyant la possibilité d'astreintes en cas de violation des secrets d'affaires protégés, ceci en plus de l'indemnisation du préjudice devant nécessairement intervenir.

Enfin, ce régime étant extrêmement intéressant pour les entreprises, la Commission européenne a prévu un garde-fou contre d'éventuels usages abusifs au sein de l'article 7 de la directive, les États devant prévoir « des mesures de sauvegarde contre [l'usage] abusif » des dispositions de la directive, notamment les mesures d'urgence qu'elle prévoit. Les États membres ont donc une responsabilité importante dans le cadre de la transposition de la directive afin de rendre la protection qu'elle crée la plus efficiente possible.

Une liberté importante laissée aux États membres pour la transposition de la directive. – Les États se voient donc confier la mission importante de développer certains points de la directive lors de la transposition dans leur droit national. Certains de ces éléments sont fondamentaux, à l'image de la sanction civile devant être mise en œuvre[302] ou encore du délai de prescription devant courir en la matière[303]. S'agissant de ce dernier élément, la Commission avait initialement envisagé d'imposer un délai de deux ans, au sein de sa proposition de 2013, elle propose désormais aux États de fixer eux-mêmes cette durée, dans la limite de six ans.

---

[296] O. de MAISON ROUGE, « La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau », *op. cit*.

[297] Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », Comité économique et social européen, 25 mars 2014, INT/725.

[298] Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, 29 avril 2004. – V. commentaires présents dans l'Avis du Comité économique et social européen, *op. cit*.

[299] V. art. 10 de la directive.

[300] V. art. 9 de la directive.

[301] O. de MAISON ROUGE, « La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau », *op. cit*.

[302] V. art. 16 de la directive.

[303] V. art. 8 de la directive.

Des « développements significatifs »[304] devront donc être opérés dans la loi de transposition, attendue au plus tard pour le 8 juin 2018 et qui ne fait pas l'objet de commentaire de la part du gouvernement à l'heure actuelle. Ainsi, à l'exception des articles définissant la notion et les modalités de son appréhension, les États membres pourront développer un régime de protection bien plus étendu que celui envisagé par la directive.

Cette transposition ne sera donc pas aisée, la notion ayant systématiquement échoué à faire consensus en France, et devra faire face à trois défis selon J.-C. Galloux : l'activité des lobbys (que la Commission est accusée d'avoir trop écouté), l'harmonisation des moyens de protection actuels et la nécessité de rester fidèle au texte européen afin d'éviter toute interprétation[305].

Cependant, cette liberté laissée aux États est également une chance de pouvoir préciser les nombreuses incertitudes laissées par cette directive, mais aussi de pousser plus loin son régime de protection tout en garantissant les différents droits mentionnés dans l'article premier de la directive, droits auxquels ce texte n'entend en théorie pas déroger (*cf. infra*). Cette chance doit d'autant plus être prise par les législateurs des différents États membres de l'Union que l'adoption de la directive est loin d'avoir fait l'unanimité.

b. L'adoption d'une directive non exempte de critiques

La directive sur les secrets d'affaires a donc emporté avec elle de nombreuses critiques, situation peu surprenante au regard des scandales ayant pu intervenir en France lors des tentatives similaires d'instaurer un régime de protection du secret des affaires. Ainsi, jusqu'au dernier moment de l'adoption du texte, les députés verts ont notamment tenté de faire revoir la rédaction d'une grande partie de la directive, ceux-ci jugeant notamment la définition des secrets d'affaires comme beaucoup trop large[306].

Une des critiques les plus importantes, et qui a imposé des modifications de la rédaction de la directive, tient au caractère prétendument liberticide de ce texte. Ces critiques seront envisagées dans la partie suivante puisqu'au-delà du simple argument politique, parfois de mauvaise foi, une telle problématique doit nécessairement entrer en compte afin de limiter la protection du secret des affaires. D'autres critiques peuvent cependant être mentionnées dès à présent.

Un manque d'une partie répressive ? – Tout d'abord, et notamment du point de vue français puisque cette question est quasiment absente dans un certain nombre d'États membres, le défaut de dispositions pénales au sein de la directive semble décevoir nombre d'auteurs, la sénatrice S. Joissans allant jusqu'à rappeler la possibilité restant pour la France « d'instituer un délit spécifique qui viendrait compléter l'harmonisation de la procédure civile réalisée par la proposition de directive »[307].

Un tel ajout permettrait de développer plus de sévérité à l'encontre des divulgateurs de secrets d'affaires, il faut néanmoins aujourd'hui attendre la loi de transposition de la directive pour voir si ce manque sera corrigé, en suivant la proposition de loi Le Roux/Urvoas ou non, ou si le système de protection pénale en place (*cf. supra*) sera considéré comme étant suffisant.

Un régime en pratique peu satisfaisant ? – En sus de la question pénale, c'est finalement la praticité du régime de protection qui a pu être remise en cause. En effet, les critiques multiples intervenues ont par exemple pu affirmer que ce système créerait une inégalité entre les grandes entreprises et celles d'une taille plus modeste,

---

[304] F. NINANE, « Transposition en France de la directive sur le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles – Un fragile équilibre entre encouragement des actions indemnitaires, préservation de l'efficacité de l'action publique et protection du secret des affaires », *Contrats concurrence consommation*, n° 7, juillet 2017, dossier 4.

[305] J.-C. GALLOUX, *op. cit*.

[306] LE MONDE, « Le Parlement européen adopte la directive sur le secret des affaires », *Le Monde*, 14 avril 2016, www.lemonde.fr/economie/article/2016/04/14/le-parlement-europeen-adopte-la-directive-sur-le-secret-des-affaires_4902340_3234.html (site consulté le 24 août 2017).

[307] S. JOISSANS, *op. cit*.

les plus gros groupes pouvant notamment utiliser cette directive pour dissimuler des revenus à l'administration fiscale[308].

D'autres critiques ont regretté l'absence d'un fondement autonome de responsabilité civile[309], mais aussi l'insécurité découlant du texte pour les institutions représentatives du personnel ou encore sur la prise en compte de la valeur commerciale du secret[310]. Cette dernière critique est intéressante puisqu'elle argumente que l'innovation va entrainer une création de valeur seulement « en bout de chaîne ». Une telle justification est pleinement légitime et fait regretter l'absence de changement sémantique entre l'accord sur les ADPIC et la directive au profit de la mention d'une « valeur économique, expression prenant en compte des éléments n'ayant pas une valeur financière immédiate (*cf. supra*).

En outre, l'absence de mention s'agissant de l'articulation de ce nouveau régime avec les autres instruments et matières pouvant intervenir dans l'optique de protection des secrets d'affaires, et notamment la propriété intellectuelle et l'action en concurrence déloyale, est également l'objet de critiques. Il faut ici observer le considérant 39 du préambule, où la directive précise qu'elle « ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines, y compris les droits de propriété intellectuelle et le droit des contrats (…) ». La question est donc ouverte bien que la directive soit une loi spéciale[311] qui, par principe, déroge à la législation ordinaire[312]. De la même façon, la prise en compte de la rétro-ingénierie au titre des pratiques licites par la directive risque de provoquer des débats d'ampleur en France, où celle-ci pouvait jusqu'à présent être sanctionnée au titre du parasitisme économique[313].

Ainsi, la directive souffre d'un manque de précision conduisant à des interrogations diverses, ces dernières justifiant les critiques qui ont pu être faites de ce texte. Toutefois, il convient de laisser une chance à cette directive qui doit encore être complétée par chaque État durant la phase de transposition à venir. En effet, la Commission européenne a pris soin de laisser une liberté aux États membres du fait de la complexité à réunir un consensus global sur la matière. Cette liberté permettra donc aux États de corriger les critiques mentionnées, mais ne pourra leur permettre de revenir sur le développement économique important que veut être cette directive.

Conclusion de la section 1. – Comme annoncé en début de cette partie, il est donc possible d'observer un véritable développement européen de la protection des secrets d'affaires. Cette protection est intervenue suite à un long processus d'influences externes à l'Union européennes et de tentatives de développement internes à l'Union, dans des pays comme la France, où de nombreux échecs sont intervenus.

L'influence internationale, et notamment américaine, est fondamentale et doit nécessairement être envisagée dans le cadre de l'étude de la protection du secret des affaires en France puisqu'elle a pu être un modèle de développement pour un régime propre de protection du secret des affaires. Mais l'influence américaine a surtout joué sur le véritable modèle des développements européens actuels : l'accord de l'OMC sur les ADPIC. Ces différentes sources d'inspiration au système européen ont permis de développer un régime de protection très large, prenant également en compte les savoir-faire, alors même que cet élément fait défaut dans un grand nombre de législations. Ce régime de protection va pouvoir être mis en œuvre à condition que soient réunis trois critères cumulatifs tenant au caractère secret de l'information, à la valeur commerciale de ce secret et à l'existence de mesures de protection dudit secret. Une fois ces critères réunis, la Commission européenne a prévu un système très puissant de protection, système se comportant comme s'il était ici question de droits privatifs. Or, le propre du secret est de ne pas attribuer de droits privatifs à son détenteur (*cf. partie 1*).

---

[308] G. GOFFAUX CALLEBAUT, « Avant-propos : secret et transparence en droit des affaires », *Les petites affiches*, 14 novembre 2016, n° 226-227, p. 48.

[309] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*.

[310] Ph. KEMEL, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de résolution européenne, sur la proposition de directive relative au secret d'affaires (n° 2857)*, Assemblée nationale, n° 2917, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 2015.

[311] Position notamment défendue par J.-C. GALLOUX, *op. cit*.

[312] Comme l'expose l'adage *specialia generalibus derogant*.

[313] M. MALAURIE-VIGNAL et B. WARUSFEL, *op. cit*.

Ainsi, le système européen de protection s'avère plutôt complet et sera – en théorie – plus efficace que les autres systèmes propres de protection des secrets d'affaires actuellement observables. Toutefois, ce système s'avère également complexe et parfois ambigu, critiques peu originales sur la question puisque ce sont également celles qui ont été précédemment faites sur le système dualiste existant en droit positif en France. Il est néanmoins trop tôt pour avoir une opinion définitive sur cette directive et sur les pratiques qui en découleront étant donné qu'il est actuellement nécessaire d'attendre sa transposition en droit interne, qui devrait en toute logique intervenir avant le 8 juin 2018.

Cette transposition ne devra cependant pas omettre certaines critiques s'avérant bien plus importantes que les autres, il s'agit de critiques tenant aux droits et libertés fondamentaux. En effet, les détracteurs de la directive ont pu soutenir, à l'image de ce qui était intervenu en France (*cf. supra*) mais de façon plus virulente encore, que la protection du secret des affaires bornerait la liberté des citoyens, et plus précisément la liberté des journalistes et des lanceurs d'alerte. Par conséquent, ce texte s'avérerait contraire aux intérêts des européens et à l'intérêt général. Il convient donc à présent d'observer ces critiques et de rappeler, quand bien même celles-ci ne seraient pas toutes fondées, la nécessité de limiter le secret des affaires par les droits et libertés fondamentaux.

Section 2 – L'encadrement indispensable des balbutiements du secret des affaires par la protection des droits et intérêts des tiers

La protection du secret des affaires est donc, comme exposé précédemment, très importante. Seulement, celle-ci n'est en toute logique pas sans limites, ces dernières étant notamment mentionnées à l'article 5 de la directive, rédigé comme suit :

> « Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :
> a) pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ;
> b) pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ;
> c) la divulgation par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction conformément au droit de l'Union ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice ;
> d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national. »

Mais à cet article s'ajoute nécessairement l'article premier de la directive, qui bien que non directement porté sur les dérogations mais sur l'objet et le champ d'application, prévoit que :

> « (…) 2. La présente directive ne porte pas atteinte à :
> a) l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ;
> b) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités ;
> c) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales obligeant ou autorisant les institutions et organes de l'Union ou les autorités publiques nationales à divulguer des informations communiquées par des entreprises que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union ou le droit national et conformément à celles-ci ;

d) l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales.
3. Rien dans la présente directive ne peut être interprété comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, la présente directive ne permet aucunement :
a) de limiter l'utilisation par les travailleurs d'informations qui ne constituent pas un secret d'affaires tel qu'il est défini à l'article 2, point 1) ;
b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions ;
c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union ou au droit national. »

Les dérogations prévues sont donc importantes, tant quantitativement que qualitativement étant donné que le premier article se fonde notamment sur la Charte des droits fondamentaux[314]. A l'observation de ces dérogations doit s'ajouter celle des différents considérants intervenant en préambule de la directive, ceux-ci réaffirmant que le texte n'est pas conçu pour restreindre les droits et libertés, tels que la liberté d'expression, ou encore l'application des règles de fonctionnement de l'Union européenne, à l'image de la liberté de circulation dans le marché intérieur. Mais au-delà de ces dispositions d'importance permettant de restreindre la protection du secret des affaires, tenant principalement à la préservation de l'intérêt général, d'autres interventions des droits et libertés fondamentaux, mais aussi de principes de moindre importance garantissant tout autant un bon fonctionnement de la société, interviennent dans l'optique de préserver des intérêts cette fois-ci privés.

Il convient donc de voir, dans un premier temps, la nécessité d'une limitation du secret des affaires en faveur d'intérêts privés (A.), avant de voir, dans un deuxième temps, la nécessité d'une limitation du secret des affaires découlant de la liberté de circulation des travailleurs (B.), puis de voir, dans un troisième temps, la nécessité d'une limitation du secret des affaires en faveur de l'intérêt général (C.).

A. La nécessité d'une limitation du secret des affaires en faveur d'intérêts privés

S'agissant de l'équilibre à trouver entre protection du secret des affaires et protection d'autres intérêts privés contradictoires, il est nécessaire de mentionner que l'intervention du bloc de constitutionnalité, auquel il est possible d'adjoindre la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, permet de protéger efficacement les droits et libertés fondamentaux tels que les droits de la défense. Toutefois, d'autres intérêts ayant toute leur importance ne vont pas bénéficier de cette protection « supérieure » alors même que la mise en balance des intérêts doit conduire à faire s'estomper le secret des affaires face à eux pour des raisons tenant au bon fonctionnement de la société et de l'économie[315]. Mais cela doit également se justifier par la démocratie elle-même, qui impose « un équilibre entre ce qui tombe dans le domaine du « public » et ce qui doit rester « privé », entre ce que « le public » doit pouvoir savoir et ce qu'il doit ignorer »[316].

Il est donc possible de voir la remise en cause du secret par la justice (1.), la remise en cause du secret dans le cadre de la gestion de l'entreprise (2.), puis enfin la remise en cause du secret dans l'intérêt des créanciers (3.).

[314] *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 18 décembre 2000, 2000/C 346/01.
[315] V. pour plus de détails sur ces « exigences contradictoires » : S. SCHILLER et M. MOSSE, « Secret des affaires et juristes d'entreprises », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1460.
[316] J.-P. DUBOIS, « L'idéologie de la transparence » *in* S. BOIRON et al., *op. cit.*, p. 71.

1. La remise en cause du secret par la justice

Il est ici intéressant d'observer la jurisprudence récente, qui a pu par exemple rappeler, alors même que le droit européen prévoit une clémence de la justice envers les entreprises lorsque celles-ci ont collaboré avec la Commission européenne dans le cadre de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (règles en matière de concurrence), que cette pratique ne pouvait remettre en cause en aucune façon la publication d'éléments constitutifs de l'infraction[317]. De la même façon, cette décision jugeait également qu'au-delà d'un délai de cinq ans, « les informations qui ont été secrètes ou confidentielles (…) doivent, du fait de l'écoulement du temps, être considérées, en principe, comme historiques et comme ayant perdu, de ce fait, leur caractère secret ou confidentiel (…) ».

Ainsi, la justice ne saurait se voir opposer un secret des affaires trop extensif, celle-ci répondant à des intérêts bien supérieurs. Toutefois, cette nécessaire restriction de la protection des secrets d'affaires se fait également et surtout dans l'intérêt des justiciables, ceux-ci ayant droit à un procès équitable au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il est donc nécessaire d'apporter quelques précisions sur la balance des intérêts à opérer en la matière.

Le nécessaire impact sur la protection des secrets d'affaires du droit à un procès équitable. – L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme intervient donc dans cette étude, l'article 55 de la Constitution faisant que cet article 6 sera nécessairement supérieur à la loi de transposition de la directive, mais également à la directive elle-même étant donné que cette idée de droit à un procès équitable découle également de certaines dispositions du bloc de constitutionnalité, et notamment de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

Cet article, dans son premier paragraphe, prévoit ainsi que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement (…) ». Ainsi, le secret des affaires doit céder devant ce principe.

La supériorité des droits de la défense. – De manière plus précise que la seule mention du droit à un procès équitable, le débat devant suivre la directive concerne avant tout les droits de la défense[318]. A ce principe s'ajoute celui supérieur du contradictoire, « en vertu duquel nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »[319].

En effet, tout justiciable doit être en mesure de se défendre dans le cadre d'une instance et doit pour cela pouvoir disposer des informations à même de lui permettre de se défendre et d'apporter à la juridiction les informations lui permettant de se prononcer. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que la défense des salariés dans le cadre d'une instance prud'homale et des journalistes dans le cadre d'une procédure de diffamation puisse être réalisée au moyen de secrets d'affaires matérialisés sur des documents emportés par ces justiciables pour leur défense[320]. Cette faculté est néanmoins tempérée par le caractère « strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense » de cette utilisation de documents confidentiels[321].

---

[317] CJUE, 14 mars 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commission*, aff. C-162/15 P, note G. DECOCQ, « Procédure – Des précisions sur la publication des décisions et la protection du secret des affaires », *Contrats concurrence consommation*, n° 6, juillet 2017, comm. 134.

[318] L'arrêt *Postbank c. Commission* de 1996 – précité – rappelait notamment cette nécessité de garantir les droits de la défense y compris lorsque des secrets d'affaires seraient en jeu.

[319] G. CORNU, *op. cit*., p. 255.

[320] V. par exemple C. cass., crim., 4 janvier 2005, pourvoi n° 04-82.337, publié au bulletin.

[321] C. cass., soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24.410, publié au bulletin.

Toutefois, ces principes des droits de la défense et du contradictoire ne vont pas être absolus, le secret intervenant à nouveau lorsqu'il n'est plus nécessaire de le divulguer, par exemple dans le cadre d'une procédure concernant une demande de mesures conservatoires[322].

Ainsi, les droits de la défense vont donc permettre, lorsque cela est « strictement nécessaire », d'utiliser des secrets d'affaires en passant outre leur régime de protection désormais strict. Mais ceux-ci ne sont pas les seuls éléments permettant d'utiliser des secrets d'affaires en justice.

L'ordre de la loi. – Certains auteurs estiment que l'ordre de la loi pourrait intervenir dans une telle situation en tant que fait justificatif[323] permettant de révéler des secrets d'affaires[324]. Quelques exemples d'importance peuvent être ici mentionnés.

Tout d'abord, les articles L 820-7 et L 823-12 du Code de commerce impose aux commissaires aux comptes de révéler au ministère public des faits délictueux commis par l'entreprise pour laquelle sont exercées leurs fonctions.

Ensuite, l'article 226-14 du Code pénal prévoit une exception au secret professionnel, le dépositaire du secret devant informer – selon les cas – les autorités judiciaires, médicales ou administratives lorsque la loi l'impose. Ceci est par exemple le cas pour les professionnels de santé ou de l'action sociale devant informer le préfet ou le préfet de police de Paris du caractère dangereux de personnes détenant une arme ou allant en acquérir une.

Enfin, l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier peut également être mentionné en ce sens qu'il permettrait aux dépositaires de secrets d'affaires de communiquer ces secrets aux institutions bancaires et financières.

En conclusion, le secret des affaires doit céder face aux enjeux de l'action publique, l'ordre de la loi permettra donc de justifier une divulgation de secrets d'affaires devant légalement intervenir afin de permettre le fonctionnement correct de la justice. Cette conception doit cependant être relativisée, l'état de nécessité prévu par l'article 122-7 du Code pénal n'ayant pas été admis comme permettant de détruire des cultures d'Organismes génétiquement modifiés de façon à alerter l'opinion publique sur les dangers qu'elles présenteraient et qui seraient tenus confidentiels[325].

Une remise en cause du secret dans la recherche de la preuve. – Dernier point à envisager dans cette subdivision, cette remise en cause du secret dans le cadre de la recherche de la preuve est naturelle, ces deux éléments entrant totalement en contradiction. Toutefois, cette contradiction va être complexe à appréhender lorsqu'il est question de mesures d'instruction *in futurum*,

En effet, au-delà des situations précitées où le débat intervient sur la période de l'instance et semble réglé, de telles mesures préalables à tout procès peuvent sembler trop attentatoires au secret des affaires. Mais la jurisprudence a pu considérer que les mesures prévues par l'article 145 du Code de procédure civile pouvaient permettre de remettre en cause des secrets d'affaires[326].

Toutefois, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si d'autres mécanismes ne permettraient pas de réunir les preuves nécessaires tout en limitant l'atteinte aux secrets d'affaires. Cette question est notamment intervenue dans la jurisprudence très récente de la Cour de cassation, celle-ci censurant une décision de cour d'appel refusant de remplacer une communication forcée de pièces fondée sur l'article 145 du Code de procédure civil par une mesure d'expertise confiée à un tiers soumis au secret professionnel sans

---

[322] C. cass., com., 4 octobre 2016, pourvoi n°15-14.158, inédit, note G. DECOCQ, « Procédure – Le secret des affaires et les demandes de mesures conservatoires », *Contrats concurrence consommation*, n° 2, février 2017, comm. 41.

[323] Art. 122-4 du Code pénal.

[324] R. SALOMON, *op. cit*.

[325] V. par exemple C. cass., crim., 18 février 2004, pourvoi n° 03-82.951, inédit et C. cass., crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-86.628, inédit. – V. pour plus de développements S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., p. 106 et s.

[326] C. cass., 2ème civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 95-21.934, publié au bulletin.

réaliser de balance des intérêts en présence[327]. C'est cette deuxième mesure permettant une expertise tierce, à huis clos, de documents contenant des secrets d'affaires qui est notamment proposée par B. Warusfel pour mettre fin à cette problématique de l'article 145 tout en assurant la possibilité d'une recherche efficace de la preuve, comme cela se fait en matière de brevets[328].

Dans tous les cas, « le risque de violation du secret des affaires doit être pris en compte (…) par le juge lors du choix de la mesure d'instruction *in futurum* ; à cet égard, le juge doit prendre soin d'examiner quelle est la mesure la mieux adaptée et, si cela apparaît nécessaire à la protection du secret des affaires du défendeur, aménager la mesure sollicitée »[329].

En conclusion, la protection du secret des affaires va nécessairement devoir être remise en cause face aux impératifs de la justice. En effet, cette dernière a un besoin de connaissances, d'informations, et doit nécessairement, en démocratie, être transparente et publique. C'est ainsi qu'une continuelle mise en balance des intérêts est effectuée afin de restreindre le secret des affaires lorsque cela est utile, mais aussi afin de le protéger lorsque son dépassement n'est pas rendu nécessaire pour défendre les intérêts des justiciables. Cette première limite se justifie par son inscription au sein de la directive, mais aussi et surtout par le caractère fondamental des droits en jeu. Un tel besoin de compromis va également intervenir dans d'autres matières, qu'il convient à présent d'étudier.

2. La remise en cause du secret dans la gestion de l'entreprise

Comme l'exposait le professeur Malaurie-Vignal, « dans le conflit qui oppose secret des affaires et transparence, il semble que le second l'emporte sur le premier. Notre temps se caractérise en effet par un immense « appétit d'informations » (P. Catala) »[330]. Cette affirmation est réelle, la transparence est aujourd'hui une vertu cardinale dans bon nombre de matières, mais le retour en force du secret des affaires, notion bien plus ancienne, va imposer un compromis. Ce compromis peut être observé, au-delà de la question des instances étudiée précédemment, dans la gestion même de l'entreprise, cette gestion nécessitant de dévoiler un certain nombre d'informations à différents acteurs.

Il est donc possible de voir la transparence des informations comptables et financières (a.), avant de voir la transparence de la gestion proprement dite de l'entreprise (b.).

a. La transparence des informations comptables et financières

Deux intérêts sont ici, encore une fois, pleinement contradictoires. D'un côté se trouve le besoin de secret des entreprises, qui doivent défendre leurs informations confidentielles, celles-ci représentant des avantages compétitifs non négligeables (*cf. supra*). De l'autre côté se trouvent les impératifs de transparence permettant un fonctionnement non-erratique du marché qui bénéficie également aux acteurs souhaitant conserver leurs secrets.

Ces deux impératifs rentrent régulièrement en conflit, comme par exemple dans une jurisprudence récente du Conseil d'État annulant certaines dispositions d'un décret de 2016 sur les tarifs des professions réglementées, dispositions qui mettaient en place un recueil d'informations statistiques par les ordres professionnels, recueil posant problème du fait que ces instances représentatives sont composées de professionnels en activité[331].

---

[327] C. cass., 1ère civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-27.845, publié au bulletin, note M. KEBIR, « Mesure d'instruction *in futurum* et secrets d'affaires : contrôle de proportionnalité », *Dalloz actualité*, 07 juillet 2017.

[328] B. WARUSFEL *in* A. DIETZ et al., *op. cit*.

[329] *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010.

[330] M. MALAURIE-VIGNAL, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997, p. 207.

[331] CE, sect., 24 mai 2017, requête n° 398801, note de A. PORTMANN, « Fixation des tarifs des professions réglementées du droit et protection du secret des affaires », *Dalloz actualité*, 30 mai 2017 ; note « Tarifs des professions réglementées : le secret des affaires préservé », *AJDA*, 2017, p. 1535.

Mais au-delà de cette illustration plutôt parlante, deux situations méritent quelques développements : le dépôt des comptes sociaux et l'information boursière.

Le secret des affaires face au dépôt des comptes sociaux. – Les articles L 232-21 et suivants du Code de commerce prévoient que certains types de sociétés doivent déposer leurs comptes annuels au greffe du tribunal de commerce dans le mois suivant l'approbation des comptes afin d'être annexés au Registre du commerce et des sociétés. Celles-ci sont notamment les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions, certaines sociétés en nom collectif ainsi que les sociétés commerciales dont le siège est situé à l'étranger malgré l'existence d'établissements en France.

Ce dépôt, destiné à donner une information concrète sur la santé financière de l'entreprise à toute personne intéressée, va faire l'objet d'une publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), à l'exception des très petites entreprises qui sont concernées par le dépôt mais ne vont pas nécessairement connaître une publication de leurs comptes. Malgré l'obligation du dépôt, ainsi que les sanctions civiles et pénales élevées, 40% des entreprises ne déposaient pas leurs comptes en 2015[332], ce qui n'est néanmoins pas une situation nouvelle[333]. En effet, la publicité faite aux données comptables par ce dépôt des comptes est contraire au secret des affaires, nombre d'entreprises préfère ainsi courir le risque d'une action en justice et de sanctions plutôt que de respecter cette obligation.

Toutefois, la sévérité de la loi comme de la jurisprudence augmente[334] afin de faire respecter cette nécessité dans le cadre des politiques économiques de l'État. Le dépôt des comptes permet effectivement d'informer le greffe du tribunal de commerce d'éventuelles difficultés financières et ainsi de mettre en place des actions préventives de difficultés plus graves, il en va donc de l'intérêt de l'entreprise et de ses créanciers (*cf. infra*). Mais ce dépôt permet également de réaliser des statistiques utiles au niveau national, ceci permettant au législateur d'adopter des législations adaptées à la réalité de l'économie. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu rappeler dans un arrêt[335] que « ne sauraient toutefois relever du secret des affaires les informations que les opérateurs économiques ont l'obligation de révéler au public, telles les informations figurant dans les comptes annuels que les sociétés sont tenues de rendre publics »[336].

La problématique du dépôt des comptes est un véritable paradoxe, les entreprises rechignant à déposer leurs comptes alors même que cette obligation se veut également être dans leur intérêt. Par ailleurs, même s'il est certain que les informations comptables et financières présentes dans ces comptes peuvent représenter des secrets d'affaires de grande importance, les plus grandes sociétés se voient obligées de leur donner une publicité supplémentaire qui permet alors de relativiser la divulgation faite des secrets d'affaires par cette simple obligation de dépôt[337].

Le secret des affaires et l'information boursière. – Les sociétés cotées ont donc un surplus de transparence vis-à-vis des sociétés qui ne le sont pas, ceci afin d'informer plus aisément les personnes intéressées, que celles-ci soient investisseurs, parties prenantes ou encore institutions de régulation.

Une jurisprudence récente[338] a rappelé que le secret des affaires ne peut être opposé aux institutions de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, à l'image de l'Autorité des marchés

---

[332] M. MENJUCQ et al., « Le secret des affaires et la confidentialité de la procédure », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier 2015, entretien 1.

[333] V. M. MAYER, *op. cit*. et F. ANGÉ, *op. cit*.

[334] C. DELATTRE, « Le secret des affaires – La confidentialité des procédures », *Droit des sociétés*, n° 1, janvier 2012, 2.

[335] C. cass., crim., 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-80.884, inédit.

[336] *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010.

[337] Remarque : la Commission européenne a publié le 12 avril 2016 une *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la communication, par certaines entreprises et succursales, d'informations relatives à l'impôt sur les bénéfices*, COM(2016) 198 final – 2016/01/0107 (COD). Cette proposition souhaite modifier quelque peu les obligations tenant à la publication d'informations comptables et financières pour favoriser la transparence, il convient donc d'observer cette proposition avec attention. – V. également C. DELATTRE, *op. cit*.

[338] C. cass., crim., 13 janvier 2010, pourvoi n° 07-86.228, inédit.

financiers, de l'Autorité de régulation des jeux en ligne ou encore de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Une des premières interventions de l'expression « secret des affaires » en droit français régissait cette question en précisant que le Président du Conseil de la concurrence pouvait refuser de communiquer des pièces divulguant de tels secrets[339]. Cette intervention est aujourd'hui reprise dans le Code de commerce, aux articles L463-1 et suivants, qui prévoient que le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser la communication ou la consultation de pièces à une partie si cette pièce était de nature à divulguer des secrets d'affaires. Dans un tel cas, une version non confidentielle serait alors prévue en lieu et place de l'original. Ainsi, le secret des affaires peut permettre de limiter la divulgation de certaines pièces, mais seulement aux tiers, l'Autorité de la concurrence se voyant systématiquement communiquer les documents, peu importe leur confidentialité.

Ces divers éléments sont également mentionnés au sein du Code monétaire et financier, qui prévoit à l'article L. 511-33 que « outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel ni à la Banque de France ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ». Cette inopposabilité des secrets d'affaires aux différentes institutions de régulation et à l'autorité judiciaire se retrouve également devant la Commission nationale des sanctions qui, en vertu de l'article R. 561-50 du même code, peut interdire au public l'accès à la salle durant la séance afin de préserver ces secrets d'affaires au-delà de l'instance.

Par ailleurs, il est intéressant de noter ici la notion d'information privilégiée, définie aux articles 742-1 et 742-2 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF)[340] comme étant une information qui n'a pas été rendue publique et qui, si elle l'était, serait susceptible d'influencer les marchés financiers. Ainsi, le Règlement général de l'AMF prévoit que ces informations privilégiées, qui peuvent être des secrets d'affaires, puissent être différées dans leur communication au public[341].

En conclusion, de manière similaire aux considérations quant à la transparence des informations comptables, l'information boursière opère un compromis entre les secrets d'affaires et la nécessaire publicité attendue par le marché. Ce compromis faisant que les tiers vont pouvoir parfois se voir opposer le secret des affaires, au moins de façon temporaire, tandis que les institutions régulatrices vont toujours avoir accès à ces informations. La gestion de l'entreprise va donc nécessiter une divulgation aux tiers de certaines informations pouvant relever de la protection des secrets d'affaires, ceci essentiellement afin de protéger leurs droits en les informant notamment de la liquidité et de la solidité de l'entreprise. Toutefois, le secret des affaires va également devoir céder en interne afin de communiquer de telles informations.

b. La transparence de la gestion proprement dite de l'entreprise

Il est ici question de la nécessaire information de personnes fondamentalement importantes dans certaines formes de société : les administrateurs et les membres du conseil de surveillance. Ce dernier développement a toute son importance étant donné que le Comité économique et social européen souhaitait inclure dans la liste des exclusions une énumération supplémentaire concernant « l'exercice des obligations de *reporting* incombant aux membres du conseil d'administration ou de surveillance de sociétés cotés »[342].

Cette exception semblait parfaitement logique, les administrateurs ayant besoin d'avoir une connaissance détaillée de l'entreprise afin de pouvoir exercer réellement leur rôle tel qu'il est prévu aux articles L225-17 et suivants du Code de commerce. Le corolaire de ce droit est l'obligation de discrétion s'imposant à ces professionnels, celle-ci étant rappelée par la Cour de cassation[343], mais aussi par le Code de commerce[344].

---

[339] Ordonnance n° 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence, 1er décembre 1986.
[340] Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, version en vigueur du 30 juillet 2017 au 02 janvier 2018.
[341] V. pour plus de détails : A. MARRAUD DES GROTTES, « Secret des affaires et droit boursier », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1457.
[342] Avis du Comité économique et social européen, *op. cit*.
[343] V. C. cass., com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.311, publié au bulletin, note B. DONDERO, *RTD Com.*, 2008, p. 363.
[344] Art. L. 225-37 al. 5 et art. L. 225-92 du Code de commerce.

S'agissant du droit mou, qui intervient de façon très importante dans la problématique de gestion des grandes entreprises, celui-ci envisage également cette nécessité d'information des administrateurs encadrée par la confidentialité qui leur est imposée avec par exemple par l'article 19 du Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, dit « Code Afep-Medef »[345], ou encore par l'article 6 de la Charte de l'administrateur[346], qui prévoit également que l'administrateur « s'engage à respecter la confidentialité totale des informations qu'il reçoit, des débats auxquels il participe et des décisions prises (…) ».

La gestion de l'entreprise va donc nécessiter d'ouvrir le secret des affaires à un certain nombre d'individus, cette ouverture étant contrebalancée par la confidentialité s'imposant à eux[347]. Il est donc encore une fois question de compromis, cela dans l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt social, mais également dans celui des tiers intervenant dans sa gestion. Mais cette confidentialité va elle-même avoir des limites, telles que les limites précédemment mentionnées et tenant par exemple à la dénonciation d'infractions, mais aussi tenant à l'information des actionnaires, l'article L. 221-8 du Code de commerce prévoyant ainsi une obligation d'information aux associés non gérants, ceux-ci ayant un intérêt légitime à prendre connaissance de certaines informations confidentielles de la société pour laquelle ils prennent un risque financier. Ces différentes considérations s'appliquent essentiellement aux entreprises d'une certaine taille, mais celles-ci vont également intervenir de façon moindre pour les petites et moyennes entreprises, où l'importance d'un compromis entre transparence et conservation du secret interviendra de façon similaire.

Bien qu'il ne soit pas ici question de droits et libertés fondamentaux, ces différents éléments ont toute leur importance et doivent permettre de limiter la protection du secret des affaires dans une optique économique. En effet, la bonne gestion des entreprises et la bonne information des différentes parties prenantes doit permettre un fonctionnement non-erratique, voire même efficient, du marché. Ce bon fonctionnement de l'économie devant sauvegarder l'emploi et protéger les entreprises. Les enjeux, bien que moindres que les droits de la défense du point de vue du principe, sont donc tout aussi essentiels pour la société.

Comme l'exposait J.-M. Garinot, « il convient donc de rechercher un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et le droit des tiers »[348]. Cet équilibre est garanti par les différentes limitations mentionnées jusqu'à maintenant, mais un dernier enjeu doit ici intervenir lorsque le droit des tiers va être une créance sur l'entreprise, il s'agit de la question des droits des créanciers face à ce secret des affaires.

3. La remise en cause du secret dans l'intérêt des créanciers

Le secret cédant devant l'obligation de payer ses dettes. – Ce dernier questionnement entrant dans la limitation à donner au secret des affaires dans l'intérêt privé va concerner un élément fondamental du droit des obligations, le paiement de sa dette par l'entreprise débitrice.

En effet, le secret des affaires pourrait être opposé par une entreprise pour ne pas justifier une absence de remboursement de ses dettes. Pourtant, l'article 2284 du Code civil énonce comme principe « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Bien que le droit de gage général dont il est question ici ne soit pas directement lié à la présente étude, celui-ci demeure un principe directeur du droit des obligations faisant qu'un débiteur doit payer son créancier jusqu'à satisfaction de ce dernier. Ainsi, opposer le secret des affaires pour ne pas satisfaire son créancier ne semblerait pas justifié par un intérêt suffisant. Toutefois, cet équilibre pourrait s'inverser dans le cas de difficultés de l'entreprise.

---

[345] Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep-Medef, mise à jour en novembre 2016, www.afep.com/uploads/medias/documents/Code%20de%20gouvernement%20d'entreprise%20des%20soci%C3%A9t%C3%A9s%20cot%C3%A9es%20novembre%202016.pdf (site consulté le 24 août 2017).

[346] *Charte de l'administrateur*, Institut français des administrateurs, www.ifa-asso.com/a-propos-de-l-ifa/visions-de-l-ifa/charte-de-l-administrateur.html (site consulté le 24 août 2017).

[347] Une violation de cette confidentialité pouvant être sanctionnée au titre des fautes commises dans leur gestion, sanctions prévues par l'article L. 225-251 du Code de commerce.

[348] J.-M. GARINOT, *op. cit*., p. 15 et s.

Le cas particulier des entreprises en difficulté. – Il est ici nécessaire d'identifier deux temps du droit des entreprises en difficulté en traitant d'abord de l'équilibre entre secret des affaires et transparence préalablement à toute procédure collective, puis ensuite en voyant l'inversion de cet équilibre en cas d'ouverture d'une telle procédure.

Tout d'abord, dans un premier temps, avant l'ouverture d'une procédure collective, divers mécanismes vont intervenir et favoriser le secret sur la transparence, ceci en éludant toute information des créanciers. Ainsi, le Code de commerce va organiser une confidentialité pour la mission d'un mandataire *ad hoc*[349] et des différents intervenants à une procédure de conciliation[350] grâce au principe de son article L. 611-15 qui édicte que « 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 ». Mais au-delà de cette confidentialité de la mission, cette caractéristique va également toucher l'existence même de ces deux procédures, le mandat ad hoc n'étant par exemple pas connu du ministère public[351].

Cette confidentialité de la situation de l'entreprise, situation qui peut être comprise en tant que secret d'affaires, va intervenir de façon à ne pas étaler au public les éventuelles difficultés passagères de l'entreprise, qui perdrait alors la confiance de l'ensemble de ses créanciers, investisseurs, etc. et qui perdrait également des chances de se rétablir d'elle-même et de protéger l'emploi. Cette confidentialité importante permet également à l'entreprise de protéger son fonctionnement futur en cas d'amélioration de sa situation, ce qui ne serait pas rendu possible par l'étalement de ses secrets d'affaires.

Toutefois, cette confidentialité est nécessairement limitée et une certaine transparence intervenant dans la matière. Ainsi, une transparence vis-à-vis de la juridiction doit être assurée, l'article L. 611-6 du Code de commerce prévoyant que le Président du tribunal peut obtenir « communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur ». Par ailleurs, ce dernier article, accompagné de l'article L. 611-9 du même code, prévoit la communication de la procédure de conciliation, en cas d'échec ou d'homologation, à certaines personnes ou institutions.

Ensuite, dans un deuxième temps, la confidentialité des mesures traitées ci-dessus va totalement disparaître en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde[352], de redressement[353] ou encore de liquidation judiciaire[354]. En effet, le secret doit ici céder face aux enjeux des procédures collectives, qui tiennent notamment à la meilleure satisfaction possible des créanciers et à la sauvegarde de l'emploi. Pour cela, une publicité doit être opérée et va donc intervenir, la situation ne se prêtant plus à une défense aveugle des secrets d'affaires. Toutefois, au-delà de la publicité de la situation de l'entreprise et de ses dettes, d'autres informations pouvant avoir la qualité de secret d'affaires, à l'image des savoir-faire, procédés, etc., vont devoir être conservés secrets étant donné que ceux-ci ont une valeur économique pouvant fortement impacter le déroulement et le sort de la procédure.

En conclusion, les droits des créanciers ne vont pas pouvoir être remis en cause par le secret des affaires, ceux-ci conservant alors par principe leur droit à être payé par l'entreprise débitrice. Toutefois, lors d'une procédure collective, le secret des affaires va pouvoir prendre le pas sur la transparence en cachant à ces créanciers et aux tiers intéressés, de manière temporaire, la situation financière de l'entreprise de façon à lui laisser une chance de se rétablir grâce à des mesures spécifiques. Mais, lorsque la situation sera gravement obérée, la transparence l'emportera afin d'informer les créanciers de l'entreprise de sa situation problématique. Cette nécessité d'information ne pourra cependant contribuer à divulguer des secrets d'affaires d'une autre nature, ceux-ci conservant de la valeur et pouvant constituer une part importante du

[349] Art. L. 611-3 du Code de commerce.
[350] Art. L. 611-4 du Code de commerce.
[351] C. DELATTRE, *op. cit*.
[352] Art. L. 621-1 du Code de commerce.
[353] Art. L. 631-7 du Code de commerce.
[354] Art. L. 641-1 du Code de commerce.

patrimoine de l'entreprise, qui va ainsi contribuer à son redressement ou à la satisfaction des créanciers dans le cas d'une liquidation.

Ainsi, suite à ces différents développements sur la nécessité de préserver les intérêts privés malgré une protection plus importante du secret des affaires, il apparaît que cette question est globalement gouvernée par un principe de mise en balance des intérêts. De cette façon, lorsque la préservation du secret est essentielle, la transparence sera écartée, mais, à l'inverse, lorsque l'effacement du secret sera nécessaire afin de protéger les intérêts des tiers, mais aussi indirectement de l'entreprise, supérieurs au simple intérêt à la conservation du secret, dans ce cas la protection du secret des affaires devra être écartée. Mais il convient de voir que ce compromis intervenant vis-à-vis d'intérêts privés, parfois ponctués d'intérêt public, la protection de l'intérêt général va également intervenir pour limiter la protection du secret des affaires, cette fois-ci de façon bien plus drastique, grâce à l'intervention des droits et libertés fondamentaux.

B. La nécessité d'une limitation du secret des affaires découlant de la liberté de circulation des travailleurs

Préalablement à l'étude de l'intervention des droits et libertés fondamentaux et suite à l'effacement partiel du secret face aux intérêts privés qui lui sont contraires, il convient d'observer brièvement une des critiques majeures faites à la directive : celle de remettre en cause les droits des travailleurs. Cette question tenant autant aux intérêts privés desdits travailleurs qu'aux principes fondateurs de l'Union européenne, avec l'intervention de la liberté de circulation des travailleurs, principe fondamental notamment mis en place à l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit que « la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union (…) ».

Cette critique est intervenue à de nombreuses reprises, et notamment en France au sein du rapport de la députée A. Linkenheld[355], celui-ci traitant de « l'enjeu de la mobilité des travailleurs » qui interrogerait en raison de l'absence de résolution de « l'articulation entre le secret d'affaires invoqué par l'employeur, et les savoir-faire des travailleurs, dans le cadre de mobilités professionnelles ». Ainsi, selon la députée, il serait nécessaire de prévoir un système similaire à celui des clauses de non-concurrence où proportionnalité et limitation spatio-temporelle sont de mise, mais aussi un système ne prenant pas en compte « les connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions ». De cette façon, la protection du secret des affaires ne pourrait jouer à l'encontre d'un travailleur souhaitant changer d'emploi et ayant nécessairement connu un apprentissage de méthodes, procédés ou savoir-faire divers durant son précédent emploi.

Pourtant, la directive annonce très clairement sa volonté de ne pas remettre en cause cette liberté de circulation des travailleurs, cela notamment au sein de son considérant 13, rédigé comme suit :

> « La présente directive ne devrait pas être considérée comme restreignant la liberté d'établissement, la libre circulation ou la mobilité des travailleurs prévues par le droit de l'Union. Elle n'est pas non plus destinée à porter atteinte à la possibilité de conclure des accords de non-concurrence entre employeurs et travailleurs conformément au droit applicable. »

Le considérant suivant précise également, en répondant par conséquent à l'inquiétude d'A. Linkenheld, que « (…) la définition du secret d'affaires exclut les informations courantes et l'expérience et les compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et elle exclut également les informations qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou qui leur sont aisément accessibles ». Par la suite, le considérant 21 prévoit une proportionnalité des mesures, procédures et réparations afin de ne pas « porter préjudice à la mobilité des travailleurs ».

Le préambule de la directive est donc très développé sur la question et affirme ne pas avoir pour objectif de restreindre la liberté de circulation des travailleurs, qui pourront toujours changer d'employeur

[355] A. LINKENHELD, *op. cit*., p. 20.

sans encourir de sanction disproportionnée en raison d'une protection trop extensive des secrets d'affaires. Ces éléments sont également rappelés dans la directive aux articles 1-3, 3 et 14.

Dans le même objectif, ce dernier article prévoit une liberté aux États membres de mettre en place des limites à la responsabilité des travailleurs dans le cas où l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites n'aurait pas été intentionnelle. Ainsi, la directive n'entend absolument pas mettre en place un régime restreignant la liberté de circulation et la mobilité professionnelle des travailleurs, celle-ci est même, à l'inverse, favorable à une protection plus importante des travailleurs vis-à-vis des problématiques du secret des affaires. Il convient donc d'être attentif aux développements qui seront faits sur cette disposition dans la loi de transposition devant intervenir avant le 8 juin 2018.

Enfin, cette loi de transposition se devra d'être cohérente avec le droit interne, protégeant la mobilité des travailleurs de façon importante, tout comme leur liberté d'expression[356], la Cour de cassation ayant par exemple pu juger que la limitation à la liberté d'expression des salariés faite par un code de conduite d'une entreprise n'était pas valable étant donné qu'il concernait des informations non confidentielles[357]. Cette critique, bien qu'elle soit légitime au regard des principes en jeu, doit donc être appréhendée pour l'avertissement qu'elle constitue aux législateurs des États membres dans le cadre de la transposition de la directive, plus que pour le débat superflu qu'elle a pu entraîner sur le caractère potentiellement liberticide du texte européen. Cette dernière critique a cependant pu intervenir de façon beaucoup plus vive, et justifiée, quant aux potentielles restrictions apportées par la directive aux libertés d'expression et d'information.

C. La nécessité d'une limitation du secret des affaires en faveur de l'intérêt général

La directive sur le secret des affaires a, comme en son temps la « loi Macron » mais avec plus d'ardeur, déchainé les passions sur un éventuel caractère liberticide. Comme l'expliquait J. Monéger au début des années 2000, « le législateur contemporain est (…) victime des groupes de pression, politique et sociaux. Il est donc impossible de légiférer sans passion (…) »[358]. La passion, ou plutôt les passions sont intervenues ici de la part des détracteurs de la proposition de directive, ceux-ci s'emportant contre la tentative du législateur européen de réaliser l'œuvre de compromis qu'il tentait de réaliser. Au-delà des compromis précédents, un domaine en particulier, directement concerné par la protection du secret des affaires, ne se satisfaisait pas d'un équilibre selon ses défenseurs : la liberté d'expression.

En effet, de nombreux défenseurs de la liberté d'expression, aux premiers desquels les journalistes, se sont emportés contre un texte qu'ils jugeaient liberticide au point de remettre en cause l'exercice total de leur profession. Au-delà d'arguments parfois excessifs qu'il conviendra de présenter plus en détail, cet intérêt pour la liberté d'expression est néanmoins fondamental et doit être présenté comme une limite nécessaire à la protection du secret des affaires, ceci d'autant plus après les récents et nombreux scandales précités liés à Wikileaks, Edward Snowden, aux *Panama papers*, mais aussi suite aux *LuxLeaks*[359] ou encore à l'affaire des *SwissLeaks* avec l'ingénieur Hervé Falciani[360]. Toutes ces affaires ont été très médiatisées, ceci permettant des

[356] Art. L. 1121-1 du Code du travail : « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». – V. également art. L. 2281-1 du Code du travail.

[357] C. cass., soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191, publié au bulletin. – V. commentaires dans *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010.

[358] J. MONEGER, *op. cit*.

[359] S. MICHEL, « LuxLeaks : 28 000 pages de documents secrets, 548 accords confidentiels », *Le Monde*, 06 novembre 2014, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2014/11/06/luxleaks-28-000-pages-de-documents-secrets-548-accords-confidentiels_4519428_4862750.html (site consulté le 24 août 2017).

[360] F. LHOMME et G. DAVET, « Qui est Hervé Falciani, le cauchemar de HSBC ? », *Le Monde*, 09 février 2015, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2015/02/09/qui-est-herve-falciani-le-cauchemar-de-hsbc_4572876_4862750.html (site consulté le 24 août 2017).

découvertes d'une envergure inédite à l'heure du *big data* où de très grandes quantités de données informatiques peuvent aisément être transférées dans le monde entier[361].

Comme l'expliquait F. Angé dans sa thèse à la fin des années soixante, « La Déclaration universelle des droits de l'Homme et la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ont élevé l'information au rang d'un droit fondamental »[362]. Il convient donc d'étudier cette liberté sous le prisme du secret des affaires, et inversement, afin d'appréhender plus concrètement les critiques qui ont pu être faites sur la nouvelle directive.

Il convient donc de voir, tout d'abord, la remise en cause potentielle de la liberté d'expression des journalistes (1.), avant de voir, par la suite, l'impact imprévisible de la directive sur l'activité des lanceurs d'alerte (2.).

1. La remise en cause potentielle de la liberté d'expression des journalistes

L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, reprenant quasiment mot pour mot, à l'exception des limitations, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dispose que :

> « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.
> 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés. »

La mention de cet article dans le cadre de l'étude de la directive est très importante, la rédaction définitive du texte européen faisant mention de cette Charte dans ses considérants 19 et 34, ainsi que dans les article 1-2 et 5, à chaque fois pour énoncer l'attachement de la Directive au respect de « l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». L'exercice d'un tel droit est d'ailleurs une dérogation à part entière au régime de protection des secrets d'affaires. Or, malgré cette précision semblant pourtant claire, une polémique venue des journalistes n'a pas désenflé durant toute la procédure d'adoption de la directive afin d'en dénoncer l'atteinte sciemment faite à la liberté d'expression, mais aussi aux libertés de la presse et d'information.

Il est donc possible d'étudier ce scandale dénonçant le caractère liberticide de la protection du secret des affaires (a.), avant de prendre en compte ce simple pendant au secret des sources des journalistes (b.).

a. Un scandale dénonçant le caractère liberticide de la protection du secret des affaires

La transformation d'une critique légitime en un faux débat. – Les premières critiques des journalistes, initialement parfaitement légitimes, sur les potentielles dérives liberticides de ce nouveau régime de protection des secrets d'affaires peuvent être observées dès l'échec de la « loi Macron ». En effet, ces critiques ont pu être faites sur ce projet de loi qui tentait alors d'anticiper la directive, celles-ci mentionnaient notamment l'existence d'un « loup dans la loi Macron » amenant les juges à devenir « rédacteur[s] en chef de la nation »[363].

Ces critiques se sont ensuite déportées sur la proposition de directive, qui de son côté perdait seulement le côté furtif de l'amendement ajouté en dernière minute au sein du projet de « loi Macron » (*cf.*

---

[361] S. SCHILLER et M. MOSSE, *op. cit*.
[362] F. ANGÉ, *op. cit*.
[363] F. ARFI et al., « Secret des affaires : informer n'est pas un délit », *Le Monde*, tribune de journalistes et des sociétés des rédacteurs de nombreux médias français, 28 janvier 2015, www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/28/secret-des-affaires-informer-n-est-pas-un-delit_4564787_3224.html (site consulté le 24 août 2017).

supra). Est notamment intervenue une pétition[364] très médiatisée, menée par la journaliste Elise Lucet, mais aussi de très nombreux articles de presse sur les dangers supposés de cette proposition[365].

Ces dangers entraineraient, à une époque où les révélations faites par les journalistes sur les mauvaises pratiques des entreprises se démultipliaient, à l'image des différentes affaires mentionnées ci-dessus, l'impossibilité pour les journalistes de réaliser correctement leur travail d'investigation en créant une véritable crainte du procès. Cette situation est ce qui intervient aujourd'hui au Luxembourg[366].

Face à cela, il était possible d'argumenter en citant l'article 4 de la proposition de directive, concernant les obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires, qui exposait alors que les États devaient prévoir que la protection du secret des affaires ne devait pas intervenir dans la circonstance d'un « usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information ». De la même façon que dans le texte définitif, les considérants 12 et 23 de la proposition mentionnaient l'objectif de ne pas mettre en place de restriction à la liberté d'expression. Mais l'adjectif « légitime » a été jugé comme étant imprécis par certains parlementaires, mais aussi par les journalistes et les organisations non-gouvernementales entendus par la députée rapporteur de la proposition de directive à l'Assemblée nationale[367]. Cette équivocité a été jugée trop problématique, de nombreux intervenants ont alors demandé une meilleure rédaction de cette limite au secret des affaires.

Ainsi, une telle revendication était parfaitement logique et légitime, les journalistes étant, comme le considère la Cour européenne des droits de l'Homme, les « chiens de garde de la démocratie »[368]. Toutefois, les critiques formulées par certains journalistes sont intervenues avec une virulence telle qu'elles mettent en lumière une incompréhension malheureuse du besoin économique d'une protection des secrets d'affaires, mais aussi de la démarche de la Commission européenne qui, en l'espèce, ne pouvait pas être qualifiée de liberticide. Il serait effectivement bien mal avisé d'imaginer que le seul intérêt de cette directive était alors de subordonner un travail journalistique aux intérêts des entreprises, alors même que l'Union européenne défend cette liberté de la presse au sein de sa Charte des droits fondamentaux, citée dès la proposition de directive, et que les États membres bénéficient tous de la jurisprudence extrêmement favorable aux journalistes de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La prise en compte des réticences dans une nouvelle rédaction de la directive. – Certains journalistes ont pourtant exposé l'intérêt de la directive et le caractère malavisé de la suppression réclamée par d'autres[369]. Ecoutant ces craintes exprimées par la profession, les institutions européennes intervenant dans la proposition de directive ont pris en compte ces critiques dans une nouvelle rédaction de la proposition de directive.

Cette nouvelle rédaction, ou plutôt rédaction mise à jour intervenue à la fin de l'année 2015, correspond au texte final adopté. Les évolutions de rédaction ont permis d'ajouter un certain nombre de références à la Charte des droits fondamentaux et de modifier l'organisation du texte afin d'inclure un article sur les dérogations différent de celui présentant les obtention, utilisation et divulgation licites. Ainsi, la non application de la directive aux journalistes s'avère renforcée. De plus, l'idée « [d']usage légitime » de la liberté d'expression a été abandonnée, cela devant mettre fin à la polémique. Désormais, l'article 5 précité de la directive mentionne donc la nécessité pour les États de garantir la non application de la directive lors de

---

[364] *Ne laissons pas les entreprises dicter l'info – Stop à la directive secret des affaires*, pétition en ligne, www.change.org/p/ne-laissons-pas-les-entreprises-dicter-l-info-stop-directive-secret-des-affaires-tradesecrets (site consulté le 24 août 2017).

[365] V. articles de presse mentionnés en bibliographie.

[366] R. GEOFFROY, « LuxLeaks : « Ce procès est un message envoyé contre les lanceurs d'alerte » », *Le Monde*, 12 décembre 2016, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/12/12/luxleaks-ce-proces-est-un-message-envoye-contre-les-lanceurs-d-alerte-et-les-journalistes_5047308_4862750.html (site consulté le 24 août 2017).

[367] A. LINKENHELD, *op. cit*.

[368] CEDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian contre Royaume-Uni*, requête n°13585/88.

[369] M. VAUDANO et A. REAUX, « Journalistes et lanceurs d'alerte sont-ils menacés par la directive sur le secret des affaires ? », *Le Monde*, 17 juin 2015, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2015/06/17/journalistes-et-lanceurs-d-alerte-sont-ils-menaces-par-la-directive-sur-le-secret-des-affaires_4655743_4862750.html (site consulté le 24 août 2017).

l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte des droits fondamentaux, Charte traitant très clairement des médias.

Ces différentes modifications sont notamment intervenues sous l'impulsion des amendements de l'eurodéputée rapporteur du projet de directive, Constance Le Grip, qui souhaitait d'ailleurs aller plus loin encore en mentionnant la protection des sources. Toutefois, de nouvelles critiques sont apparues au milieu des insatisfactions persistantes concernant cette nouvelle rédaction, ces critiques demandant par exemple l'inscription dans le texte de l'absence de sanctions pénales.

L'attente d'une loi de transposition claire et précise. – Suite à l'ensemble des critiques formulées et à la tentative de correction intervenue tardivement, il est nécessaire d'observer que cette directive sur la protection des secrets d'affaires ne fait définitivement pas l'unanimité. Cela alors même qu'elle n'est en aucune façon attentatoire à la liberté des journalistes.

En effet, les quelques imprécisions demeurant existent de façon totalement logique étant donné la volonté de la Commission de laisser une certaine marge de manœuvre aux États membres. De cette façon, il est malheureux de constater l'entêtement de certains journalistes alors même que la seule incertitude demeurant aujourd'hui concerne la loi de transposition devant intervenir. *Reporters sans frontières* a notamment pris conscience de cela[370] et a alors souligné les points devant être précisés ou améliorés dans la directive. La plus importante critique faite par l'organisation étant la présence à l'article 5-b, concernant les dérogations, de l'idée « d'intérêt général » qui devrait alors être recherché par les journalistes afin que ceux-ci ne soient pas dans le champ d'action de la directive. Or, une telle interprétation omet le « a » de l'article 5, traitant de l'exercice de la liberté d'expression, et indirectement des libertés d'information et de la presse, sans aucune condition ou restriction. En effet, ce « b » de l'article semble plutôt destiné aux lanceurs d'alerte (*cf. infra*) et non aux journalistes.

Toutefois, cette critique doit être prise en compte par le législateur français afin que la loi de transposition soit la plus claire possible. L'activité des journalistes ne pouvant être restreinte de façon trop importante dans une démocratie étant donné que « comme [le] disait George Orwell : « le journalisme consiste à publier ce que d'autres ne voudraient pas voir publié : tout le reste n'est que relations publiques » »[371]. Mais, parallèlement à une appréhension du journalisme sous le prisme des risques liés à une protection des secrets d'affaires, il convient d'observer la profession au travers de la fondamentale protection des sources.

b. Un simple pendant au secret des sources des journalistes

Une profession fortement protégée. – Il est nécessaire de rappeler, dans le cadre de cette étude, que le journalisme n'est pas une profession ordinaire, celle-ci bénéficiant, du fait de son impact sur la démocratie, d'une protection très développée.

Ainsi, la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse, toujours en vigueur aujourd'hui, fixe de nombreuses dispositions tenant aux libertés d'expression et d'information. Mais un principe aujourd'hui essentiel de la liberté de la presse est le principe du secret des sources journalistiques. Ce dernier est notamment déduit de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, celle-ci ayant pu juger que « la protection des sources journalistiques est l'une des conditions primordiales de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt

[370] Reporters Sans Frontières, *Adoption de la directive sur le secret des affaires : le journalisme d'investigation doit être sauvegardé*, 14 avril 2016, www.rsf.org/fr/actualites/adoption-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-le-journalisme-dinvestigation-doit-etre (site consulté le 24 août 2017).
[371] G. ORWELL cité par F. ARFI et al., *op. cit*.

général »[372]. Cette protection des sources a également fait l'objet d'un renforcement récent, légal cette fois-ci, avec la loi de 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias[373].

Cette protection des sources des journalistes doit être identifiée en tant que corollaire d'une protection des secrets d'affaires étant donné qu'elle assurera la possibilité d'exercer un journalisme d'investigation[374] et de limiter le pouvoir du juge présenté en tant que rédacteur en chef (*cf. supra*). En effet, le journaliste ne peut dès lors être considéré comme travaillant « sous surveillance » comme certains ont pu l'affirmer[375]. Cependant, il est nécessaire de mentionner la censure partielle de cette loi, qui avait mis en place une protection beaucoup trop large des sources[376] entrant alors en contradiction avec d'autres droits[377].

En conséquence, les critiques tenant à la remise en cause totale de la liberté de la presse alléguée à la directive semblent peu réfléchies et – surtout – omettent le régime de protection très important dont bénéficient les journalistes en France.

Une protection des secrets d'affaires ne révolutionnant pas la profession. – Finalement, la protection du secret des affaires n'aurait que peu d'impact sur la profession de journaliste au vu des éléments précédemment exposés et au regard de l'impossibilité pour les juges, par ailleurs indépendants et impartiaux[378], de se prononcer arbitrairement sur l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires. En outre, les juges seraient nécessairement influencés par les objectifs de la directive, mentionnés dans les considérants précités, et n'auraient alors aucun motif de restreindre simplement la liberté d'expression.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a pu affirmer que « quiconque, y compris un journaliste, exerce sa liberté d'expression assume des « devoirs et responsabilités » dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (…) »[379]. En conséquence, et au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la profession de journaliste ne bénéficie pas de privilèges illimités quant à la liberté d'expression, qui peut être réduite lorsqu'un journaliste divulguerait sciemment des informations couvertes par un secret qui procéderait d'un « besoin social impérieux ».

Ainsi, la directive ne remettra pas en cause les pratiques habituelles du journalisme d'investigation, les professionnels devant nécessairement s'assurer de la véracité de leurs informations, mais aussi de l'intérêt général puisque le rôle-même du journaliste ne consiste pas, en théorie comme en pratique, à dévoiler des secrets d'affaires qui ne mettraient en jeu que des intérêts privés. S'agissant de la défense de l'intérêt général, les journalistes seraient alors couverts par les dérogations à la directive.

Enfin, les quelques légères imprécisions identifiées au sein de la directive ne pourront pas changer drastiquement la protection de la profession et remettre totalement en cause la liberté d'expression des journalistes. D'autant plus que ces imprécisions sont liées aux éléments que l'Union européenne laisse le soin aux États de développer.

En conclusion, les inquiétudes des journalistes étaient à l'origine légitimes et doivent nécessairement être étudiées lorsqu'il est question de protection du secret des affaires. Seulement, il est véritablement dommageable que le débat se soit transformé en prises de positions radicales et irréfléchies de la part des journalistes comme des défenseurs de la directive. En effet, le journalisme en France ne pourrait pas être remis en cause de manière aussi importante qu'exposée par les détracteurs de la directive et cette dernière s'avérait perfectible dans sa version de 2013. Par ailleurs, la Commission européenne a entendu les critiques

---

[372] CEDH, 15 décembre 2009, *Financial Times Ltd et autres contre Royaume-Uni*, requête n° 821-03.
[373] Loi n° 2016-1524 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, 14 novembre 2016.
[374] Conseil de l'Union Européenne, *Protection des secrets d'affaires : Le Conseil adopte une nouvelle directive*, communiqué de presse, Bruxelles, 27 mai 2016.
[375] M. DAMGE et D. COSNARD, *op. cit*.
[376] L'objectif était alors d'améliorer la loi « Dati » du 4 janvier 2010, loi n° 2010-1 (*cf. supra*).
[377] Conseil constitutionnel, 10 novembre 2016, décision n° 2016-738 DC.
[378] V. art. 64 et s. de la Constitution et art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.
[379] CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, requête n° 29183/95.

opérées et a donc procédé à une modification de la rédaction de la proposition afin d'affirmer son attachement à la liberté de la presse, qui ne pourrait pas souffrir d'une protection trop extensive des secrets d'affaires.

Cependant, ces débats houleux permettent de mettre en lumière un défaut d'imprécision de la directive, qui sera certainement corrigé en France au vu de l'attachement à la liberté de la presse et à la contestation sociale forte sur le sujet, mais qui pourrait s'avérer extrêmement problématique dans d'autres pays de l'Union européenne n'ayant pas la même culture du journalisme, à l'image du tout proche Luxembourg qui favorise, dans la récente affaires des *LuxLeaks*, le secret des affaires (*cf. supra*).

L'intervention des droits et libertés fondamentaux doit donc nécessairement restreindre la protection du secret des affaires, qui s'avère défendre des intérêts de moindre importance. Cette restriction est d'ores et déjà visible dans la directive mais devra, afin de rassurer les journalistes sur les imprécisions identifiées, être réaffirmée dans la loi de transposition en France et continuer d'être défendue dans certains pays européens. Toutefois, cette problématique de la liberté d'expression va être tout autre concernant des personnes qui ne bénéficient pas d'un statut protecteur comme celui des journalistes : il s'agit des lanceurs d'alerte.

2. L'impact imprévisible de la directive sur l'activité des lanceurs d'alerte

L'émoi le plus important suite à cette directive a concerné le sort des lanceurs d'alerte vis-à-vis de la protection des secrets d'affaires. En effet, le texte européen a été accusé, à l'instar des journalistes, de limiter drastiquement la liberté d'expression des lanceurs d'alerte, qui ne pourraient alors plus dénoncer les pratiques illicites des entreprises. Or, la période actuelle a été marquée par des révélations exceptionnelles des lanceurs d'alertes du point de vue de l'intérêt général puisque, au-delà des exemples précités touchant à la finance ou à la surveillance des citoyens, ces révélations ont pu également concerner des sujets tels que la santé publique, avec notamment la dénonciation par le médecin Irène Frachon des problèmes liés au médicament Médiator[380].

Ainsi, une prise de conscience de l'opinion publique est intervenue vis-à-vis des lanceurs d'alerte, notamment s'agissant des plus médiatisés d'entre eux. Mais cette prise de conscience du rôle de ces personnes a également touché le droit, le Conseil d'État ayant ainsi rendu récemment un rapport sur la question[381], tout comme l'OCDE[382], et le législateur étant intervenu par le biais de la loi dite « Sapin II »[383].

La directive, dans son considérant 20, mentionne pourtant clairement que :

> « Les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. La protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. »

En outre, le b de l'article 5 précité de la directive vise très précisément, mais sans toutefois les mentionner, les lanceurs d'alerte puisque la révélation en question ne peut rentrer dans le champ de la protection du secret des affaires dès lors que le défendeur a accompli cette révélation « dans le but de protéger l'intérêt public général ». Cependant, les limites du secret des affaires sont ici bien moins nombreuses

---

[380] P. KREMER, « Irène Frachon : « Avec le Médiator, j'ai déterré un charnier », *Le Monde*, interview, 20 novembre 2016, www.lemonde.fr/sante/article/2016/11/20/irene-frachon-avec-le-mediator-j-ai-deterre-un-charnier_5034550_1651302.html (site consulté le 24 août 2017).

[381] Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 25 février 2016.

[382] « Secret des affaires – Examen d'un rapport sur la protection des lanceurs d'alerte à l'occasion de la Convention anticorruption de l'OCDE – Veille », *JCP E*, 24 mars 2016, n° 12, act. 252.

[383] S. MAOUCHE, « Loi Sapin II et lanceurs d'alerte : encadrement, protection et interrogations », *Dossiers d'actualité*, LexisNexis, 09 janvier 2017.

et précises que pour les journalistes, alors même que l'objectif de défense de l'intérêt général est identique et qu'une restriction devrait intervenir du point de vue de la liberté d'expression et de la liberté d'information.

Il convient donc de voir la dénonciation d'un oubli de l'intérêt général dans la directive protégeant le secret des affaires (a.), la critique sous-jacente du statut limité des lanceurs d'alerte (b.), puis l'intérêt de la mise en place d'une procédure d'alerte pour la protection des secrets d'affaires (c.).

a. La dénonciation d'un oubli de l'intérêt général dans la directive protégeant le secret des affaires

Une limitation trop faible de la protection du secret des affaires. – Contrairement aux journalistes, les lanceurs d'alerte ne bénéficient pas d'un statut protecteur leur permettant d'alerter le grand public sans encourir de sanctions importantes. Ce risque de sanction sera ainsi décuplé avec la directive sur les secrets d'affaires, celle-ci permettant alors de sanctionner de façon large l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires (*cf. supra*).

En outre, à l'instar des journalistes mais de manière bien plus limitée, les lanceurs d'alerte sont mentionnés directement par la directive, qui émet la volonté de ne pas restreindre leur activité. Cette mention n'intervient cependant qu'à une seule reprise au sein du préambule et est indirecte au sein de l'article 5 traitant des dérogations au régime de protection des secrets mis en place. En effet, cet article 5-b s'avère vague en ne précisant guère ce qu'est la « faute » qui peut être révélée, tout comme « [l']acte répréhensible » ou « [l']activité illégale ». Mais l'équivocité la plus importante découle de la subordination de la validité d'une alerte au « but de protéger l'intérêt public général », il n'est pas ici possible de savoir avec certitude si les alertes dérogeant à la protection des secrets d'affaires doivent concerner la violation de droits et libertés fondamentaux, des infractions pénales ou encore de simples violations de dispositions légales et réglementaires quelconques.

Cette mauvaise rédaction était d'ailleurs critiquée par les journalistes, la prenant comme une restriction de leur propre activité alors même que ceux-ci sont de toute manière protégés par le « a » de l'article 5, non conditionné. Ainsi, alors même que la directive affirme ne pas exister dans le but de restreindre l'activité des lanceurs d'alerte, il n'est pas possible de trouver de garde-fous assez clairs dans le texte.

Le risque de privilégier l'intérêt des entreprises. – En conséquence de la faible garantie textuelle de l'activité des lanceurs d'alerte, la directive ferait alors courir le risque à ces personnes de ne pouvoir dévoiler d'informations tombant sous le coup de la qualification extensive de secrets d'affaires et, par conséquent, d'être condamnés. Certains ont ici exprimé leurs craintes qu'avec une telle législation, les affaires des *LuxLeaks*[384] ou du Médiator[385] n'auraient pu intervenir du fait des sanctions en jeu.

Cette situation est celle actuellement en vigueur au Luxembourg, où les condamnations de lanceurs d'alerte peuvent être très sévères (*cf. supra*). La difficulté tient donc ici une nouvelle fois à l'articulation entre liberté d'expression et protection du secret des affaires. La problématique découlant des alertes tient à leur impact sur l'image, la réputation de l'entreprise, et par conséquent sa valeur sur le marché. Le secret des affaires permettrait donc de dépasser cette question en dissuadant les lanceurs d'alerte de divulguer des informations du fait des lourdes sanctions pouvant intervenir par la suite.

Ainsi, le véritable problème intervenant vis-à-vis de l'appréhension des lanceurs d'alerte par la directive correspond à une critique qui avait été effectuée, à tort, par les journalistes : le juge deviendrait alors ici, du fait des poursuites systématiques pouvant être imaginées de la part des entreprises et de l'imprécision du texte, juge de la pertinence de l'alerte et donc par le même temps de la pertinence de la liberté d'expression[386]. Cette restriction d'une liberté fondamentale due à la simple imprécision d'un texte ne serait pas tolérable et appelle donc, par conséquent, une meilleure protection des lanceurs d'alerte.

---

[384] J. GUERAUD-PINET, « Directive ''secret des affaires'' : un flou juridique dangereux pour les lanceurs d'alerte », *Le Plus (Le Nouvel Observateur)*, 15 avril 2016, http://leplus.nouvelobs.com/contribution/1505940-directive-secret-des-affaires-un-flou-juridique-dangereux-pour-les-lanceurs-d-alerte.html (site consulté le 24 août 2017).

[385] D. COSNARD, *op. cit*.

[386] G. GOFFAUX CALLEBAUT, *op. cit*.

b. La critique sous-jacente du statut limité des lanceurs d'alerte

Finalement, la question de l'articulation de la protection du secret des affaires et des lanceurs d'alerte pourrait aisément être réglée, à l'instar de la situation des journalistes, par une protection importante des lanceurs d'alerte, celle-ci se justifiant par l'intérêt de leurs actions pour la société.

L'influence américaine sur la protection des lanceurs alerte. – Tout d'abord, il convient de voir qu'en la matière la législation américaine a encore une fois été précurseur.

En effet, la volonté d'organiser ces alertes et de protéger les lanceurs d'alerte, les *whistleblowers*, est intervenue à de nombreuses reprises dès 1778, mais aussi en 1863. De façon plus contemporaine, la notion de lanceur d'alerte est revenue sur le devant de la scène en 1971, alors qu'un collaborateur du Pentagone avait divulgué des documents sensibles traitant de la guerre du Vietnam et de son échec stratégique[387]. Suivant cela, le *Civil Service Reform Act* de 1978 organisait une protection des lanceurs d'alerte vis-à-vis de leurs employeurs, protection étendue ensuite aux emplois publics avec le *Whistleblowing Protection Act* de 1989[388].

Ensuite, l'innovation contemporaine majeure dans la protection des lanceurs d'alerte est intervenue par une loi de 2002, la loi *Sarbanes-Oxley*, qui prévoyait alors la mise en place de procédures d'alerte dans les entreprises financières cotées. Cette loi fut notamment votée en raison des célèbres scandales ayant touché les sociétés Enron et Worldcom, à la suite de graves manipulations comptables. Cette protection des lanceurs d'alerte a été améliorée en 2010 avec le le *Dodd-Frank Act*, qui organise désormais un système de rétribution des lanceurs d'alerte auprès de l'institution de régulation des marchés financiers, la *Securities and Exchange Commission*, en fonction des amendes infligées aux entreprises ne respectant pas la législation financière.

Toutefois, il est nécessaire de voir que ces différentes protections des lanceurs d'alerte sont extrêmement ciblées, les conditions pour bénéficier d'une telle protection sont telles que des lanceurs d'alerte célèbres tels qu'Edward Snowden ou Chelsea Manning n'ont pu en jouir. Néanmoins, cette législation américaine a été un véritable modèle pour les récents développements européens sur la question, celle-ci inspirant par exemple une résolution du Conseil de l'Europe en 2010[389] ou encore des projets de convention cadre au sein de l'Union européenne[390].

La prise en compte contemporaine limitée de la problématique par le législateur français. – La prise de conscience de la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte est intervenue tardivement en France, forçant ainsi la Commission nationale de l'informatique et des libertés, en 2005, à faire œuvre créatrice en instaurant un régime d'autorisation unique[391] permettant aux entreprises souhaitant créer une procédure d'alerte via un traitement de données de le faire aisément.

Toutefois, il convient de voir que les grandes entreprises ont pu se familiariser avec les procédures internes d'alerte dès 2002, la loi *Sarbanes-Oxley* étant applicable de façon très large en raison de dispositions extraterritoriales.

Plus récemment, plusieurs lois sont intervenues en 2007, 2011 et 2013, et traitaient de manière indirecte des lanceurs d'alerte. Enfin, la « loi Macron » a tenté de développer une timide protection des

---

[387] C. RAINFROY, « Lanceurs d'alerte : des protections juridiques bien faibles », *Le Monde*, 19 juillet 2013, www.lemonde.fr/politique/article/2013/07/19/lanceurs-d-alerte-des-protections-juridiques-bien-faibles_3448750_823448.html (site consulté le 24 août 2017).

[388] Pour plus de détails concernant l'historique, V. N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 octobre 2015, 1492.

[389] *Protection des « donneurs d'alerte »*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution n° 1729, 29 avril 2010. – V. également *Protection des lanceurs d'alerte*, recommandation CM/Rec(2014)7 du Conseil de l'Europe sur l'anonymat des lanceurs d'alerte, 30 avril 2014.

[390] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit.*, p. 281 et s.

[391] Dispositifs d'alertes professionnelles, autorisation unique AU-004, www.cnil.fr/fr/declaration/au-004-dispositifs-dalerte-professionnelle.

lanceurs d'alerte dans l'amendement concernant la protection des secrets d'affaires, amendement n'ayant pas abouti (*cf. supra*). Cependant, les développements les plus intéressants concernant la protection des lanceurs d'alerte ne sont pas intervenus en France, il convient de les appréhender afin de voir les potentielles sources d'inspiration du législateur français dans le cadre des précisions devant intervenir lors de la transposition de la directive sur le secret des affaires.

Les développements internationaux d'une protection des lanceurs d'alerte. – La notion a donc connu des développements d'importance au niveau international. Il est ainsi possible d'observer la jurisprudence, avec notamment la décision précitée *Varec c. Belgique* de 2008[392] rapprochant le secret des affaires de la vie privée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, secret pouvant alors être dépassé lorsque l'intérêt général le commande. La même année est intervenue la jurisprudence *Guja c. Moldova* de la Cour européenne des droits de l'Homme[393], qui jugeait d'une « atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier à son droit de communiquer » en raison de la bonne foi du lanceur d'alerte condamné dans son pays.

Cette question de la bonne foi est importante, celle-ci étant intervenue à diverses reprises, dont notamment au sein de la Convention de Mérida des Nations-Unies[394]. D'autres conventions internationales ont également eu leur importance dans la reconnaissance de la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte, à l'image de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail[395]. Parallèlement, au sein de l'Union européenne, la protection des lanceurs d'alerte a connu des développements indirects au travers de nombreux règlements et directives[396]. Mais l'exemple le plus important de tels développements doit être observé au sein d'un État membre : le Royaume-Uni. En effet, les différentes législations développées, dont notamment le *Bribery Act* de 2010 et le *Protected Disclosures Act* de 2014, font que le Royaume-Uni est aujourd'hui considéré comme étant un des pays avec la protection des lanceurs d'alerte la plus poussée.

Enfin, pour achever cette présentation des développements internationaux importants intervenus sur la protection des lanceurs d'alerte, il convient d'observer l'arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie* de 2013[397], dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme expose six critères permettant d'apprécier le caractère légitime de l'alerte : l'absence d'autres moyens pour procéder à la divulgation, l'intérêt public des informations, l'authenticité des informations, le préjudice causé à l'entreprise, la bonne foi du lanceur d'alerte et la sévérité de la sanction encourue. Cette jurisprudence est très importante en ce sens qu'elle est une indication très intéressante de la protection à donner aux lanceurs d'alerte et de ses nécessaires limites.

L'absence d'un véritable statut protecteur des lanceurs d'alerte. – Après avoir mentionné les développements français et les développements parallèles à l'étranger, il convient de voir que le statut des lanceurs d'alerte en France est tout simplement inexistant. Bien heureusement, de nombreuses dispositions morcelées existent et permettent d'appréhender leur situation, à l'image de la protection légale du secret des affaires (*cf. supra*). Cette législation étant véritablement éclatée au sein de diverses matières et ne semblant pas permettre de garantir une protection efficiente des lanceurs d'alerte permettant de contrebalancer la directive sur le secret des affaires, il ne convient pas de l'aborder plus en détail[398].

L'absence d'un véritable statut de lanceur d'alerte en France peut se justifier par une vision extrêmement péjorative de cette « délation », ce qui n'est pas le cas dans les pays anglo-saxons. Ainsi, le lanceur d'alerte va désormais prendre part à des « alertes éthiques », à l'image de la procédure mise en œuvre

[392] CJCE, 14 février 2008, *Varec SA c. État belge*, aff. C-450/06.
[393] CEDH, grande chambre, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, requête n° 14277/04.
[394] Convention des Nations-Unies contre la corruption, 31 octobre 2003.
[395] Convention n° 158 sur le licenciement, Organisation internationale du travail, 22 juin 1982.
[396] V. pour le détail : N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *op. cit*.
[397] CEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, requête 40238/02.
[398] V. pour le détail : S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*., pp. 283-287.

par l'Autorité des marchés financiers, premier véritable développement contemporain d'une procédure d'alerte en France, procédure permettant par conséquent de protéger les lanceurs d'alerte[399].

Ce nouveau développement est intervenu afin de réagir clairement aux affaires telles que celle du Médiator, notamment par le biais de la loi dite « Sapin II »[400]. Cette dernière précise, dans son article 6, une définition du lanceur d'alerte qui n'est pas négligeable :

> « Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

Parallèlement à cette loi est intervenue une loi organique[401] confiant au Défenseur des droits la tâche d'organiser une protection des lanceurs d'alerte. Toutefois, il n'est pas encore possible aujourd'hui de juger de la pertinence de ces deux lois et de leur efficacité, d'autant plus que celles-ci ont connu des contestations[402].

En conséquence, il est nécessaire de voir que l'enjeu soulevé par la protection du secret des affaires vis-à-vis des lanceurs d'alerte doit être appréhendé par la création d'un statut véritablement protecteur des lanceurs d'alerte, à l'image des illustrations de droit comparé mentionnées ci-dessus. Cette protection doit cependant être elle-même limitée, le lanceur d'alerte ne pouvant justifier toute divulgation de secrets d'affaires, la jurisprudence *Bucur et Toma c. Roumanie* doit alors être une source d'inspiration importante, même si celle-ci s'avère complexe dans la pratique. Afin de créer ce statut protecteur des lanceurs d'alerte mais aussi respectueux des secrets d'affaires, la mise en place de procédures internes d'alerte doit être encouragée.

c. L'intérêt de la mise en place d'une procédure d'alerte pour la protection des secrets d'affaires

Il est ici question de la mise en place de procédures d'alerte en interne par les entreprises, à l'image de ce que prévoit la loi *Sarbanes-Oxley*, mais aussi de ce que prévoit l'alerte éthique de l'Autorité des marchés financiers. De telles procédures s'avèrent alors très intéressantes pour les entreprises, le secret des affaires pouvant être préservé, et les lanceurs d'alerte conservant la possibilité, en cas de non prise en compte de l'alerte interne, d'agir publiquement.

L'empêchement d'une publicité du secret des affaires. – La mise en place d'une procédure d'alerte au sein de la société peut effectivement s'avérer intéressante en empêchant les lanceurs d'alerte de divulguer directement au grand public les secrets d'affaires portant préjudice à l'intérêt général, que ce soit par le biais des médias ou d'internet. En effet, le collaborateur souhaitant faire part de pratiques qu'il juge illicites ou contraires à l'intérêt général pourrait alors en faire part en interne, l'entreprise pouvant ensuite décider de modifier les pratiques identifiées comme étant problématiques. Ce dispositif, bien utilisé, tient donc de l'amélioration continue des entreprises et est un outil de gestion pouvant s'avérer très efficace.

En outre, une telle procédure permettrait à l'entreprise, dans le cadre d'une instance, de démontrer la mauvaise foi du lanceur d'alerte et, par conséquent, voir son préjudice lié à une divulgation de ses secrets d'affaires réparé.

---

[399] V. pour plus d'informations : www.amf-france.org/Formulaires-et-declarations/Lanceur-d-alerte (site consulté le 24 août 2017).

[400] Loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 9 décembre 2016.

[401] Loi organique n° 2016-1690 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte, 9 décembre 2016.

[402] S. MAOUCHE, *op. cit*.

Ainsi, la loi « Sapin II », consciente de ces avantages, souhaitait étendre cette pratique d'alerte interne aux entreprises d'une certaine taille. En effet, l'alerte interne a plus d'intérêt à être mise en place dans les sociétés d'une taille importante, une personne, un numéro de téléphone spécifique ou une procédure en ligne pouvant être mise en place pour une dénonciation. Or, dans une petite entreprise, les ressources matérielles et financières ne permettront peut-être pas de mettre en place une procédure efficace et la proximité des individus ne favorisera pas l'alerte de manière formalisée. Dans un tel cas, et en cas d'échec de la procédure interne, la divulgation au public demeure alors nécessaire.

La divulgation du secret au grand public en dernier recours. – Lorsque la procédure d'alerte interne n'aboutirait pas dans la durée, ou lorsqu'elle n'est tout simplement pas possible, le lanceur d'alerte doit conserver la possibilité de divulguer les secrets d'affaires au public afin de se faire entendre.

Dans une telle situation, celui-ci pourra aisément arguer de sa bonne foi avec l'échec d'une divulgation préalable en interne. Cette menace d'un ultime recours au travers de la divulgation au public doit donc permettre, dans la pratique, de pousser les entreprises à ne pas prendre à la légère les alertes afin de ne pas risquer une divulgation de leurs informations confidentielles en externe.

Cette conception est notamment celle défendue par la loi « Sapin II », qui prévoit une gradation dans la divulgation effectuée par le lanceur d'alerte, celle-ci devant permettre de concilier les différents intérêts en présence.

Ainsi, les lanceurs d'alerte ont acquis aujourd'hui une utilité pratique extrêmement importante qu'il convient de protéger au titre de leur liberté d'expression et de l'intérêt général. Toutefois, la protection du secret des affaires est elle aussi nécessaire pour toutes les raisons précitées, il convient donc de réaliser un compromis ne sacrifiant pas les droits fondamentaux et limitant la protection du secret des affaires seulement lorsque cela est nécessaire, dans l'intérêt général. Pour cela, il convient d'encourager le législateur, dans la loi de transposition de la directive, à adopter un véritable statut protecteur des lanceurs d'alerte, à l'image de ce qui peut exister pour les journalistes. Mais il convient également, dans cet objectif de conciliation d'intérêts contradictoires, mais aussi dans l'intérêt des entreprises, d'encourager le développement par ces dernières de procédures internes protégeant les lanceurs d'alerte puisque celles-ci vont permettre, indirectement, de renforcer la protection des secrets d'affaires.

Conclusion de la section 2. – « Nous resterons au-dessous, sans doute, des espérances honorables que l'on avait conçues du résultat de notre mission : mais ce qui nous console, c'est que nos erreurs ne sont point irréparables ; une discussion solennelle, une discussion éclairée, les corrigera ; et la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et l'affermir par les lois »[403].

Ces paroles de Portalis, achevant le *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, conservent donc aujourd'hui toute leur actualité, au-delà même du seul droit civil. En effet, la liberté demeure une préoccupation fondamentale des français, qui dénoncent régulièrement certaines innovations législatives contemporaines qui, à l'inverse de corriger les « erreurs » de notre système juridique, remettraient en cause cette liberté. Le secret des affaires se trouve donc au cœur d'un débat sociétal prenant appui sur cette tâche confiée par Portalis aux lois – vocable à envisager aujourd'hui au sens large du terme – de sceller définitivement la liberté des français. De cette façon, une stricte limitation de la protection du secret des affaires s'imposait afin que celle-ci ne puisse remettre en cause des droits et libertés d'une valeur bien supérieure, dont notamment les libertés de la presse et d'expression.

Mais, au-delà de la limitation du secret des affaires par la nécessaire protection des droits et libertés fondamentaux, un autre type de borne à une protection du secret des affaires trop extensive doit être mise en œuvre, celle-ci tenant à des intérêts privés d'importance tels que les droits de la défense, mais également les droits des créanciers ou de l'administration fiscale, etc. Ce dernier cas peut également tenir de l'intérêt général, tout comme la nécessité de garantir les droits de la défense y compris face au secret des affaires, il convenait cependant de réserver les questions d'intérêt général aux deux développements ayant suscité le plus de critiques, notamment du point de vue de la liberté.

[403] PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, discours prononcé le 21 janvier 1801, Paris.

Ainsi, il fut nécessaire d'être extrêmement critique sur les esclandres intervenus de la part des journalistes, des organisations non-gouvernementales et de divers défenseurs des lanceurs d'alerte. En effet, nombreuses étaient alors les critiques ne découlant pas d'une lecture attentive de la directive ou ne comprenant simplement pas ses objectifs et justifications. Ainsi, il s'avère à la lecture de la directive et à une remise en contexte de la profession de journaliste que celle-ci ne semble pas fondamentalement menacée par le secret des affaires, les journalistes devant simplement faire preuve de la diligence s'imposant naturellement à la profession lorsque des secrets d'affaires doivent être révélés.

Il convient donc d'être vigilant sur le respect de ces droits et libertés fondamentaux lors de la transposition de la directive en droit interne, mais également vis-à-vis des droits des tiers, qui ne peuvent non plus être réduits à néant dans le seul objectif économique de protection des entreprises françaises et européennes. Ainsi, ces polémiques auront au moins eu l'utilité de soulever les points nécessitant une attention toute particulière du législateur et devant éventuellement être précisés lors de la transposition de la directive.

Conclusion de la partie 2. – La transposition de la directive demeure effectivement la grande incertitude de la matière, celle-ci devant intervenir avant le 8 juin 2018 mais ne faisant plus l'objet d'aucune remarque de la part du législateur, notamment depuis la récente élection présidentielle. Il est néanmoins fort probable qu'Emmanuel Macron, favorable à cette protection du secret des affaires comme le démontrait son projet de loi, apportera un soutien proactif à la transposition de la directive.

Au-delà de cette problématique de la transposition, qui devra apporter des réponses aux dernières imprécisions du texte, la protection du secret des affaires s'avère être un véritable « défi juridique »[404] en ce sens qu'elle va nécessiter de réaliser de nombreux compromis entre des droits et intérêts contradictoires. L'intervention des questions s'agissant des droits et libertés fondamentaux permet également d'illustrer parfaitement le phénomène de « fondamentalisation » du droit privé régulièrement dénoncé par les auteurs. Il demeure néanmoins essentiel que le compromis, l'équilibre, recherché dans cette matière se fasse dans les deux directions, le secret des affaires devant également d'être préservé lorsqu'une telle attente serait légitime.

La directive adoptée le 8 juin 2016 a donc permis de résoudre la problématique française d'un régime de protection du secret des affaires complètement éclaté, incohérent et non global, là où le texte européen propose un régime de protection spécifique aux secrets d'affaires en général, sans nécessiter une recherche continuelle dans la loi, la jurisprudence et la pratique contractuelle sur les meilleurs moyens de protéger ses informations confidentielles. Cette innovation, qui avait échoué à plusieurs reprises en France, va désormais être contraignante et permet aux législations des États membres de l'Union européenne de se rapprocher de celle des concurrents économiques les plus importants que sont les États-Unis, la Chine, le Japon, etc. C'est en ce sens que la législation américaine, véritable pionnière sur la question, a eu une influence telle que des accusations de « copie » ont pu intervenir dans la doctrine, accusations parfaitement cohérentes.

Une ultime remarque peut ici être effectuée sur la sémantique de la protection des affaires. En effet, l'Union européenne traite de secrets d'affaires, au pluriel donc, tandis que la France traite plus régulièrement du secret des affaires. Cette différence est paradoxale en ce sens que le singulier permet d'envisager un régime unitaire de protection, là où le pluriel laisse penser qu'il existerait différents types de secrets[405]. Comme brièvement exposé précédemment, le système actuellement en vigueur en France est celui d'une protection des secrets d'affaires, tant les dispositions sont diverses et traitent de situations éloignées. Mais, à l'inverse, le système mis en place par la directive, et devant être transposé, permettra alors une véritable protection d'un secret des affaires global, unitaire et aux enjeux similaires sans considération de la matière. Cette différence permet donc de conclure ce deuxième développement sur la création d'une notion *sui generis* de secret des affaires, cependant il convient de voir que les deux expressions ont été ici utilisées alternativement, comme le font l'ensemble des auteurs.

---

[404] O. COUSI, *op. cit*.

[405] S. MARCELLIN et T. du MANOIR de JUAYE, *op. cit*.

Conclusion générale. – La protection du secret des affaires en France est donc une considération complexe, nécessitant une étude approfondie d'un grand nombre de matières et l'appréhension globale d'un régime conçu de façon morcelée. Mais à cette complexité doit être substituée la transposition en droit interne de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Cette dernière, produit d'influences internationales et de nombreux compromis, opère une balance des intérêts continuelle entre la protection du secret des affaires, nécessaire à la compétitivité économique européenne, et d'autres droits contradictoires, tout autant nécessaires au fonctionnement de l'économie et de la société.

La protection du secret des affaires est donc une problématique, bien que pleinement juridique, fortement ancrée dans des considérations économiques et politiques. Ces considérations ont été le fondement du développement d'une notion spécifique de secret des affaires, notion dont l'intérêt doit être finalement envisagé au regard de l'histoire.

En effet, comme l'expliquait J.-M. Garinot, en introduction de sa thèse précitée,[406] « dès 1291, le Grand conseil de la République de Venise, contraignit les verriers à s'installer sur l'île de Murano, de manière à protéger plus aisément les procédés de fabrication, dont la divulgation était punie de mort ». Ainsi, même sans notion spécifique de secret des affaires, les vénitiens parvinrent à organiser un véritable régime de protection de leur secret des affaires, régime s'étant avéré efficace durant une durée exceptionnelle.

Alors même que le développement d'une véritable notion spécifique de secret des affaires et du régime de protection devant l'accompagner a été jugé inévitable et nécessaire, il conviendrait donc de relativiser l'ensemble des précédents développements par le fait qu'une protection physique pourrait être plus appropriée, contrairement à ce qui était affirmé en introduction de la première partie. En effet, la plus grosse lacune du régime de protection des secrets tel qu'il doit être mis en place à l'issue de la transposition de la directive demeure le fait que les secrets sont connus d'hommes et de femmes dont la fiabilité sera toujours moindre que tout régime de protection physique, matériel, mis en place.

Cette réflexion peut être illustrée de façon simple mais explicite avec les récents piratages informatiques survenus au sein de la chaîne câblée américaine *HBO*, celle-ci s'étant fait dérober un certain nombre de documents confidentiels et ayant vu diffuser un épisode de sa série télévisée phare *Game of Thrones* de façon totalement illicite par un groupe de hackers[407]. Malgré la législation américaine protégeant sévèrement les secrets d'affaires, et des moyens juridiques et financiers certainement très importants, l'entreprise a donc failli à protéger des secrets d'affaires aux enjeux économiques évaluables à plusieurs millions de dollars. Ainsi, une transposition de cette situation en Europe subirait les mêmes critiques : des moyens physiques de protection permettront toujours une meilleure protection des secrets d'affaires que lorsque ceux-ci sont entre les mains de personnes physiques, ceci d'autant plus qu'une fois divulgués, les secrets d'affaires ne pourront plus redevenir secrets.

En conséquence, aucun régime de protection du secret des affaires ne pourra être assez efficient dès lors que les différents collaborateurs intervenant près d'un secret d'affaires ne seront pas sensibilisés à sa protection physique, le piratage mentionné en exemple ci-dessus ayant débuté par un simple vol de mot de passe d'une adresse e-mail.

Ainsi, dans l'attente des précisions qui seront apportées par le législateur français au régime de protection du secret des affaires mis en place par la directive européenne, il convient de développer la conscience des entreprises vis-à-vis des problématiques de protection des secrets d'affaires, juridiques mais aussi physiques, toute action *a priori* étant par nature plus intéressante qu'une action corrective *a posteriori*.

Pour conclure, il convient de répondre précisément à la question posée au début de cette étude, qui était de savoir dans quelle mesure le droit français appréhende la nécessité de protection des secrets d'affaires. Cette question trouve sa réponse dans les développements sur le système actuel (partie 1), ainsi

---

[406] J.-M. GARINOT, *op. cit*.

[407] C. TIMBERG et A. ROSENBERG, « HBO is hacked, and Game of Thrones episodes may have leaked out », *The Washington post*, 31 juillet 2017, www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/07/31/hbo-is-hacked-and-game-of-thrones-episodes-may-have-leaked-out/?utm_term=.b7c43a3f6b8d (site consulté le 24 août 2017).

que dans ceux relatifs au futur proche de la notion et des enjeux nouveaux qu'elle soulève (partie 2). Toutefois, cette question ne peut être définitivement réglée étant donné la rapidité des évolutions microéconomiques et macroéconomiques actuelles. Alors que le développement d'un régime de protection unitaire du secret des affaires semble aujourd'hui parfaitement dans l'ère du temps, cela ne sera peut-être plus le cas dans quelques années, une réflexion continuelle doit donc être engagée sur cette protection. Cette réflexion existe à un niveau juridique et peut être observée par le nombre très important de thèses liées directement ou indirectement à cette problématique, qu'il s'agisse de thèses centenaires ou venant d'être soutenues (*cf. supra*), ceci du fait de la continuelle évolution de la matière.

Annexe

<u>Tableau récapitulatif des législations des États membres de l'Union européenne</u>
(*cf. Partie II – Section 1 – B. – 1. – b.)*

Fragmentation de la protection juridique (exemples sélectionnés de mesures) Source des données: Baker & McKenzie (2013).

Exemples sélectionnés de mesures	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HU	IE	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK	UK
Secret commercial défini dans le droit civil			■		■				■				■		■	■					■	■		■		■	
Possibilité d'action en cessation contre des tiers de bonne foi	■				■	■	■	■			■			■		■		■				■					
Absence de délai pour les actions en cessation	■		■		■	■		■		■	■	■	■	■	■	■	■	■	■			■	■	■		■	■
Possibilité d'obtenir la destruction forcée des secrets d'affaires/des produits résultants	■	■			■	■	■			■		■	■	■	■	■		■		■	■	■	■	■	■	■	■
Calcul des dommages et intérêts sur la base de justes redevances	■					■	■		■				■		■					■							■
Règles de procédure visant à assurer le secret (procédures civiles)						■							■														■
Législation pénale suffisante	■			■	■	■	■		■	■	■	■										■	■	■			

N.B. Une cellule vide signifie que la mesure en question n'est pas prévue par la législation nationale

Tableau issu de *Document de travail des services de la Commission – Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document Proposition de directive (…)*, Commission européenne, 28 novembre 2013, SWD (2013) 472 final, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0472&from=FR (site consulté le 24 août 2017).

Table de jurisprudence

Jurisprudence étrangère

- Cour d'appel de l'État de Californie, 9 mai 2014, *Altavion, Inc. v. Konica Minolta Systems Laboratory Inc.*, www.3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/Altavion-v-Konica.pdf (site consulté le 24 août 2017).

Jurisprudence européenne

Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian contre Royaume-Uni*, requête n°13585/88.
- CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, requête n° 29183/95.
- CEDH, 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, requête n° 73049/01.
- CEDH, grande chambre, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, requête n° 14277/04.
- CEDH, 15 décembre 2009, *Financial Times Ltd et autres contre Royaume-Uni*, requête n° 821-03.
- CEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, requête 40238/02.

Juridictions de l'Union européenne

- CJCE, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission*, 24 juin 1986, aff. 53/85.
- TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank NV c. Commission*, aff. T-353/94.
- CJCE, 24 juin 1986, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK c. Commission*, aff. 53/85.
- CJCE, 19 mai 1994, *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven (SEP) NV c. Commission*, aff. C-86/92 P.
- CJCE, 14 déc. 2000, *Parfums Christian Dior c. TUK Consultancy BV et autres*, aff. C-300/98 et C 392/98.
- CJCE, 14 février 2008, *Varec SA c. Etat belge*, aff. C-450/06.
- CJCE, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos L^da^ c. Merck & Co. Inc. et Merck Sharp & Dhme L^da^*, aff. C-431/05.
- CJUE, 15 janvier 2015, *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, renvoi préjudiciel – directive 96/9/CE, aff. n° C-30/14.
- CJUE, 14 mars 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commission*, aff. C-162/15 P, note G. DECOCQ, « Procédure – Des précisions sur la publication des décisions et la protection du secret des affaires », *Contrats concurrence consommation*, n° 6, juillet 2017, comm. 134.

Jurisprudence nationale

Arrêts de la Cour de cassation

- C. cass., crim., 19 décembre 1885.
- C. cass., 3ème civ., 13 juillet 1966, pourvoi n° 64-12.946.
- C. cass., crim., 7 novembre 1974, pourvoi n° 72-93.034, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 8 janiver 1979, *Logabax*, pourvoi n° 77-93.038, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 12 janvier 1989, *Bourquin*, pourvoi n° 87-82.265, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 1er mars 1989, *Antoniolli*, pourvoi n° 88-82.815, publié au bulletin.

- C. cass., 1ère civ., 12 avril 1976, pourvoi n° 74-11.730, publié au bulletin.
- C. cass., 2ème civ., 9 novembre 1976, pourvoi n° 75-11.737, publié au bulletin.
- C. cass., com., 3 octobre 1978, pourvoi n° 77-10.915, publié au bulletin.
- C. cass., com., 2 avril 1979.
- C. cass., soc., 30 juin 1982, pourvoi n° 80-41.114, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 3 avril 1995, *Calvet*, pourvoi n° 93-81.569, publié au bulletin.
- C. cass., 2ème civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 95-21.934, publié au bulletin.
- C. cass., com., 26 janvier 1999, pourvoi n° 99-22.457, inédit.
- C. cass., soc., 13 juillet 1999, pourvoi n° 96-45.425, inédit.
- C. cass., 1ère civ., 17 octobre 2000, pourvoi n° 97-22.498, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-84.522, publié au bulletin.
- C. cass., 1ère civ., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-14.618, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-85.188, publié au bulletin.
- C. cass., soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, publié au bulletin.
- C. cass., soc., 20 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, publié au bulletin.
- C. cass., com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-11.421, inédit.
- C. cass., crim., 18 février 2004, pourvoi n° 03-82.951, inédit.
- C. cass., crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.285, publié au bulletin, note B. LAMY, *D.* 2005, p. 411.
- C. cass., crim., 4 janvier 2005, pourvoi n° 04-82.337, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-86.491, inédit.
- C. cass., 1ère civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, publié au bulletin.
- C. cass., 1ère civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19.978, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-86.628, inédit.
- C. cass., crim., 12 juin 2007, pourvoi n° 06-87.361, publié au bulletin.
- C. cass., soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-41.267, inédit.
- C. cass., soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-41.346, inédit.
- C. cass., com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.311, publié au bulletin, note B. DONDERO, *RTD Com.*, 2008, p. 363.
- C. cass., crim., 4 mars 2008, *Graphibus*, pourvoi n° 07-84.002, inédit, note S. DETRAZ, *D.* 2008, p. 2213.
- C. cass., soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-45.322, inédit.
- C. cass., soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 07-40.618, inédit.
- C. cass., crim., 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-80.884, inédit.
- C. cass., crim., 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-87.312, inédit.
- C. cass., soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 13 janvier 2010, pourvoi n° 07-86.228, inédit.
- C. cass., crim., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-88387, inédit, note S. DETRAZ, « Recel de fichiers clients d'une entreprise », *JCP G*, n° 51, 20 décembre 2010, 1273.
- C. cass., crim., 12 février 2013, pourvoi n° 12-82.173, inédit.
- C. cass., com., 10 décembre 2013, pourvoi n° 12.23.115, inédit.
- C. cass., soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24.410, publié au bulletin.
- C. cass., crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81.336, publié au bulletin.
- C. cass., 1ère civ., 25 février 2016, pourvoi n° 14-25.729, publié au bulletin, note J.-M. GARINOT et S. GRAYOT-DIRX, « Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ? », *Gazette du palais*, 12 avril 2016, n° 14, p. 23.
- C. cass., com., 4 octobre 2016, pourvoi n°15-14.158, inédit, note G. DECOCQ, « Procédure – Le secret des affaires et les demandes de mesures conservatoires », *Contrats concurrence consommation*, n° 2, février 2017, comm. 41.

- C. cass., 1ère civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-27.845, publié au bulletin, note M. KEBIR, « Mesure d'instruction *in futurum* et secrets d'affaires : contrôle de proportionnalité », *Dalloz actualité*, 07 juillet 2017.

Décisions de cours d'appel et de tribunaux correctionnels

- CA Versailles, 27 septembre 1994, note SERRA, *D*. 1995, p. 206 (cité par W. DROSS, *op. cit*., p. 157).
- CA Paris, Chambre 4, section B, 22 avril 2005, *Perquin / Société Universal Pictures Video France*, n° JurisData 2005-268600, note C. VILMART, « Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch », *JCP E*, n° 27-28, 7 juillet 2005, 1052.
- T. Corr Versailles, 18 décembre 2007, *L. contre Valeo*, 0511965021, inédit.
- T. Corr. Clermont-Ferrand, 21 juin 2010, inédit.

Jurisprudence administrative et du Conseil constitutionnel

- Conseil constitutionnel, 10 novembre 2016, décision n° 2016-738 DC.
- CE, sect., 24 mai 2017, requête n° 398801, note A. PORTMANN, « Fixation des tarifs des professions réglementées du droit et protection du secret des affaires », *Dalloz actualité*, 30 mai 2017 ; note « Tarifs des professions réglementées : le secret des affaires préservé », *AJDA*, 2017, p. 1535.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessin et modèles*, LGDJ, 3ème édition, 2014.
- G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9ème édition mise à jour, août 2011.
- Ph. DELEBECQUE et F. COLLART DUTILLEUL, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10ème édition, 2015.
- Ch. GUETTIER et al., *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation 2014/2015*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 10ème édition, 2014.
- Y. GUYON (dir), *Droit des affaires. Tome 1 – Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12ème édition mise à jour, août 2003.
- D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. Université, 2016, éd. 23.
- Y. LEQUETTE, F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10ème édition, 2009.
- Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 21ème édition, 2017.

Ouvrage spéciaux

- N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, supplément au Code civil 2016, Dalloz, 2015.
- W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2ème édition, LexisNexis, 2011.
- S. MARCELLIN, T. du MANOIR de JUAYE, *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2016.
- J.-M. MOUSSERON (dir.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3ème édition, 2005.
- P. MOUSSERON et al., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5ème édition, 2017.
- J. SAVARY, *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce de toute sorte de marchandises, tant de France, que des pays étrangers*, Paris, 1675.
- O. WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) – Etude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994.

Thèses

- F. ANGÉ, *Le secret des affaires*, thèse, Toulouse, 1968.
- S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques – Une approche franco-allemande du droit internet et du droit international privé*, thèse, Paris I, 2000, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2003, tome 388.
- A. DELMOTTE, *Les aspects juridiques de la valorisation de la recherche*, thèse, Grenoble, 2011, Mare & Martin, 2015.
- J.-M. GARINOT, *Le secret des affaires*, thèse, Dijon, 2011, LexisNexis, 2013.
- M. MAYER, *Le secret des affaires commerciales*, thèse, Paris, 1900.

Articles, chroniques et actes de colloque

- L. ARBELET, « Le secret des affaires revient par la porte européenne », *Dalloz actualité*, 21 avril 2015.

- G. BEAUSSONIE, « La protection pénale de la propriété sur l'information », *Droit pénal*, septembre 2008, n° 9, étude 19.
- J.-M. de BERMOND de VAULX, « Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises », *JCP E*, n° 40, 1995, 493.
- S. BOIRON et al., *Les secrets du droit – Secret, droit et cinéma*, actes du colloque organisé dans le cadre de la 5ème édition du Festival ciné-droit, avril 2013, L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2014.
- C. CARON, « Droit de la propriété industrielle – Chronique », *JCP E*, n° 1, 3 janvier 2008, 1000.
- B. CHARLIER-BONATTI, « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », *Communication commerce électronique*, n° 5, mai 2014, étude 8.
- V. DAUMAS, « Secret des affaires et juge administratif », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1455.
- G. DECOCQ et M.-L.-H. DES YLOUSES, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1456.
- C. DELATTRE, « Le secret des affaires – La confidentialité des procédures », *Droit des sociétés*, n° 1, janvier 2012, étude 2.
- M. DEPINCE, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD Com*., 2009, p. 256.
- A. DIETZ et al., *La protection juridique des informations à caractère économique, enjeux et perspectives*, actes du colloque de la Fondation Prometheus, 18 octobre 2010, www.fondation-prometheus.org/publish/Actes_du_colloque_18%20octobre_2010.pdf (site consulté le 24 août 2017).
- N. DISSAUX, « Clause de non-concurrence », *JCL Voies d'exécution*, fasc. 256, mise à jour 17 mars 2014.
- B. DONDERO et C. HAUSMANN, « Les data rooms : une pratique vue sous un angle théorique », *Droit & patrimoine*, n° 175, novembre 2008, p. 62.
- J.-C. GALLOUX, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD Com.*, 2017, p. 59.
- G. GOFFAUX CALLEBAUT, « Avant-propos : secret et transparence en droit des affaires », *Les petites affiches*, 14 novembre 2016, n° 226-227, p. 48.
- F. HAGEL, « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », *Cahiers droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 3.
- J. HUILLIER, « Le parasitisme parasite-t-il la propriété intellectuelle ? », *Gazette du palais*, 2001, n° 312, p. 6.
- D. KESSLER, « L'entreprise entre transparence et secret », *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, pp. 33-46.
- M. LAROCHE, « Secret des affaires et droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1458.
- A. LATREILLE, « Réflexions critiques sur la confidentialité dans le contrat », *Les petites affiches*, 2006, n° 156, p. 4 et n° 157, p. 4.
- L. LEBLOND, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *Les petites affiches*, 31 juillet 2015, n° 152, p. 9.
- N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 octobre 2015, 1492.
- N. LENOIR PARTNER, « 3 questions – Les lanceurs d'alerte », *JCP E*, n° 6, 5 février 2015, 109.
- Ch. LE STANC, « Une protection pénale du secret des affaires », *Propriété industrielle*, 2009, n° 2, p. 2.
- Ph. LE TOURNEAU, « Parasitisme – Notion de parasitisme », *JCL Concurrence – Consommation*, fasc. 570, mise à jour 27 juin 2017.
- E. LOQUIN, « Arbitrage commercial international – Notion », *JCL Droit international*, fasc. 720, mise à jour 25 août 2015.
- E. LOQUIN, « Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres », *JCL Propriétés publiques*, fasc. 8, mise à jour 04 novembre 2015.
- E. LOQUIN et L. B. BUCHMAN, « Préférez l'arbitrage ! », *Gazette du palais*, n° 260, 2008, p. 9.

- A. LOUVARIS et P. SCHIELE, « Secret des affaires et droit fiscal – Quelques notations sur un duo ambivalent », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1459.
- A.-S. LUCAS-PUGET, « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », *Les petites affiches*, 14 novembre 2016, n° 226-227, p. 50.
- M. MALAURIE-VIGNAL, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997, p. 207.
- M. MALAURIE-VIGNAL, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », *D.* 2012, p. 1415.
- M. MALAURIE-VIGNAL et B. WARUSFEL, « 3 questions. Protection des secrets d'affaires : comparaison entre les propositions européenne et française, *JCP E*, n° 47, 20 novembre 2014, 868.
- T. du MANOIR de JUAYE, « Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes », Cahiers droit de l'entreprise, n° 5, septembre 2008, dossier 44.
- J.-C. MARIN, « Le secret des affaires – Avant-propos », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1454.
- D. MARTIN, « Le secret des affaires, notion en devenir », *Les petites affiches*, 31 juillet 2015, n° 152, p. 4.
- O. de MAISON ROUGE, « La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau », *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 23.
- S. MAOUCHE, « Loi Sapin II et lanceurs d'alerte : encadrement, protection et interrogations », *Dossiers d'actualité*, LexisNexis, 09 janvier 2017.
- A. MARRAUD DES GROTTES, « Secret des affaires et droit boursier », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1457.
- M. MENJUCQ et al., « Le secret des affaires et la confidentialité de la procédure », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier 2015, entretien 1.
- J. MONEGER, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *RIDE*, 2004/2, p. 171 et s.
- F. NINANE, « Transposition en France de la directive sur le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles – Un fragile équilibre entre encouragement des actions indemnitaires, préservation de l'efficacité de l'action publique et protection du secret des affaires », *Contrats concurrence consommation*, n° 7, juillet 2017, dossier 4.
- V. PELTIER, « Révélation d'une information à caractère secret – Conditions d'existence de l'infraction – Pénalités », *JCL Pénal*, fasc. 20, 09 septembre 2016, n° 10 et s.
- D. PERE, « L'obligation de discrétion des membres du conseil d'administration », *D.* 2004, p. 1786.
- J.-E. RAY, « Protéger l'information, aujourd'hui et demain – Secret, confidentialité, discrétion, loyauté », *Droit social*, 2013, p. 111.
- R. SALOMON, « Secret des affaires et droit pénal », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1461.
- D. SASSOLAS, « La durée des clauses de confidentialité », *RTD Com.*, 2015, p. 625.
- S. SCHILLER et M. MOSSE, « Secret des affaires et juristes d'entreprises », *JCP E*, n° 35, 1er septembre 2016, 1460.
- Y.-M. SERINET, « Colloque – Secret et procès », *JCP G*, n° 27, 3 juillet 2017, doctr. 782.
- F.-X. TESTU, « Secret et relations d'affaires – La confidentialité conventionnelle », *Droit et patrimoine*, 2002, n° 102.
- C. TILLOY, « Concurrence déloyale – Action en concurrence déloyale », *JCL Procédures*, fasc. 10, 16 août 2016.
- F. WAGRET, « La fin de la culture du secret : le brevet, élément de la stratégie de développement des entreprises françaises », *Les petites affiches*, 2000, n°11, p. 11.
- K. WEISSBERG et A. WEISSBERG, « La protection du « secret des affaires » des sociétés françaises face aux procédures de discovery américaines », *Les petites affiches*, 08 juin 2017, n° 114, p. 14.

Article sans auteur spécifique :

- « Secret des affaires – Examen d'un rapport sur la protection des lanceurs d'alerte à l'occasion de la Convention anticorruption de l'OCDE – Veille », *JCP E*, 24 mars 2016, n° 12, act. 252.

Articles étrangers

- K. R. BERMAN, « Reinventing discovery under the new federal rules », *Litigation*, American Bar Association, vol. 42, n° 3, printemps 2016, www.americanbar.org/publications/litigation_journal/2015-16/spring/reinventing_discovery_under_new_federal_rules.html (site consulté le 24 août 2017).
- M. BUDDEN et al., « Strategic planning for protection of business secrets under the Uniforme Trade Secrets Act », *Journal of managerial issues*, Pittsburg State University, automne 1995, vol. 7, n° 3, pp. 343-357.
- M. CORREA, « Protection of trade secrets », *The business lawyer*, American Bar Association, janvier 1963, vol. 18, n° 2, pp. 531-537.
- C. PACINI et al., « Fighting economic espionage with state trade secret laws », *International journal of law management*¸2008, vol. 50, n° 3, pp. 121-135.
- B. STEINER, « Trade secrets », *The Yale law journal*, mai 1905, vol. 14, n° 7, pp. 374-379.

Article sans auteur spécifique :

- « Trade secrets », *Harvard law review*, 25 novembre 1897, vol. 11, n° 4, pp. 262-263.

Notes, commentaires et observations

- G. DECOCQ, « Procédure – Des précisions sur la publication des décisions et la protection du secret des affaires », *Contrats concurrence consommation*, n° 6, juillet 2017, comm. 134, note sous CJUE, 14 mars 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commission*, aff. C-162/15 P.
- G. DECOCQ, « Procédure – Le secret des affaires et les demandes de mesures conservatoires », *Contrats concurrence consommation*, n° 2, février 2017, comm. 41, note sous C. cass., com., 4 octobre 2016, pourvoi n°15-14.158, inédit.
- S. DETRAZ, *D.* 2008, p. 2213, note sous C. cass., crim., 4 mars 2008, *Graphibus*, pourvoi n° 07-84.002, inédit.
- S. DETRAZ, « Recel de fichiers clients d'une entreprise », *JCP G*, n° 51, 20 décembre 2010, 1273, note sous C. cass., crim., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-88387, inédit.
- B. DONDERO, *RTD Com.*, 2008, p. 363, note sous C. cass., com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.311, publié au bulletin.
- J.-M. GARINOT et S. GRAYOT-DIRX, « Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ? », *Gazette du palais*, 12 avril 2016, n° 14, p. 23, commentaire sous C. cass., 1ère civ., 25 février 2016, pourvoi n° 14-25.729, publié au bulletin.
- M. KEBIR, « Mesure d'instruction *in futurum* et secrets d'affaires : contrôle de proportionnalité », *Dalloz actualité*, 07 juillet 2017, note sous C. cass., 1ère civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-27.845, publié au bulletin.
- B. LAMY, *D.* 2005, p. 411, note sous C. cass., crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.285, publié au bulletin.
- A. PORTMANN, « Fixation des tarifs des professions réglementées du droit et protection du secret des affaires », *Dalloz actualité*, 30 mai 2017, note sous CE, sect., 24 mai 2017, requête n° 398801.

- C. VILMART, « Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch », *JCP E*, n° 27-28, 7 juillet 2005, 1052, note sous CA Paris, Chambre 4, section B, 22 avril 2005, *Perquin / Société Universal Pictures Video France*, n° JurisData 2005-268600.

Note sans auteur spécifique :

- « Tarifs des professions réglementées : le secret des affaires préservé », *AJDA*, 2017, p. 1535, note sous CE, sect., 24 mai 2017, requête n° 398801.

Rapports, études, avis, travaux parlementaires et des institutions européennes

- B. CARAYON, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, rapport au Premier ministre, La Documentation Française, 2003.
- B. CARAYON, *A armes égales*, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.
- C. LE GRIP, *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) againt their unlawful acquisition, use and disclosure*, Parlement européen, 22 juin 2015, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0199+0+DOC+PDF+V0//EN (site consulté le 24 août 2017).
- C. LE GRIP, *Trade secrets: releasing innovation from costly espionage*, chaîne Youtube *European Parliament*, video, https://www.youtube.com/watch?v=NLVNDqxNIQc (consultée le 24 août 2017).
- M. LEVY et J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel – La croissance de demain*, rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La documentation française, 2006.
- J.-Y. HUWART et L. VERDIER, *La mondialisation économique – Origines et conséquences*, Organisme de Coopération et de Développement Economique, coll. « Les essentiels de l'OCDE », 2012.
- S. JOISSANS, *Proposition de résolution européenne présentée au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur la proposition de directive relative à la protection des secrets d'affaires (texte E 8922)*, Sénat, n° 587, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.
- Ph. KEMEL, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de résolution européenne, sur la proposition de directive relative au secret d'affaires (n° 2857)*, Assemblée nationale, n° 2917, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 2015.
- A. LINKENHELD, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur la proposition de directive relative au secret d'affaires*, Assemblée nationale, n° 2856, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juin 2015.
- H. MARTRE, *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, rapport, Commissariat général du Plan, 1994.
- C. MATHON et al., *La protection du secret des affaires : enjeux et propositions*, rapport du groupe de travail présidé par C. MATHON, Mission du Haut responsable chargé de l'intelligence économique, 17 avril 2009.
- P. MOREL-A-L'HUISSIER, question au Ministère de la Justice, question n° 61925, publiée au JO le 29 juillet 2014 (réponse publiée au JO le 06 septembre 2016).
- J.-J. URVOAS, *Rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2014*, Délégation parlementaire au renseignement, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale (n° 2482) et du Sénat (n° 201) le 18 décembre 2014.

Sources sans auteur spécifique (dans l'ordre chronologique) :

- *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010.

- *Trade secrets: supporting innovation, protecting know-how*, conference organisée par la Commission européenne, 29 juin 2012, www.ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/conference20120629/ts_summary_consolidatedfinal20120913_en.pdf (site consulté le 24 août 2017).
- *Document de travail des services de la Commission – Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document Proposition de directive (…)*, Commission européenne, 28 novembre 2013, SWD (2013) 472 final, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0472&from=FR (site consulté le 24 août 2017).
- *Public consultation on the protection against misappropriation of trade secrets and confidential business information – Summary of responses*, Commission européenne, 28 novembre 2013, www.ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8276 (site consulté le 24 août 2017).
- Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », Comité économique et social européen, 25 mars 2014, INT/725.
- *New EU framework for protection of trade secrets*, communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 26 mai 2014, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/142780.pdf (site consulté le 24 août 2017).
- Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 25 février 2016.
- *Protection des secrets d'affaires : Le Conseil adopte une nouvelle directive*, communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 27 mai 2016.
- *Résumé pour les citoyens – Protéger les secrets d'affaires : proposition de l'Union européenne*, 2013, www.ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/131128_citizens-summary_fr.pdf (site consulté le 24 août 2017).

Presse

L'ensemble des liens menant aux articles a été vérifié le 24 août 2017.

- F. ARFI et al., « Secret des affaires : informer n'est pas un délit », *Le Monde*, tribune de journalistes et des sociétés des rédacteurs de nombreux médias français, 28 janvier 2015, www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/28/secret-des-affaires-informer-n-est-pas-un-delit_4564787_3224.html.
- V. BOUQET, « Canaliser le lanceur d'alerte », *Les Echos business*, 13 avril 2015, https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/0204279319413-canaliser-le-lanceur-d-alerte-110028.php.
- D. COSNARD, « Une loi pour protéger le secret des affaires », *Le Monde*, 19 janvier 2015, www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/19/une-loi-pour-proteger-le-secret-des-affaires_4558855_3234.html.
- D. COSNARD, « « Secret des affaires » : le gouvernement retire son projet », *Le Monde*, 30 janvier 2015, www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/30/secret-des-affaires-le-gouvernement-retire-son-projet_4566657_3234.html.
- O. COUSI, « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », *Le Monde*, 10 novembre 2014, www.lemonde.fr/entreprises/article/2014/11/10/protegeons-le-secret-qui-protege-nos-entreprises_4521469_1656994.html.
- M. DAMGE et D. COSNARD, « La liberté d'informer serait-elle vraiment menacée par le secret des affaires ? », *Le Monde*, Les décodeurs, 28 janvier 2015, www.lemonde.fr/les-

decodeurs/article/2015/01/28/la-liberte-d-informer-serait-elle-vraiment-menacee-par-le-secret-des-affaires_4564985_4355770.html.

- C. DUCOURTIEUX, « L'Union européenne veut mieux protéger le secret des affaires », *Le Monde*, 12 avril 2016, http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/04/12/l-union-europeenne-veut-mieux-proteger-le-secret-des-affaires_4900257_3234.html.
- A. DUVAL, « Le long chemin du projet de loi sur le secret des sources », *Le Monde*, 20 janvier 2015, www.lemonde.fr/police-justice/article/2015/01/20/le-long-chemin-du-projet-de-loi-sur-le-secret-des-sources_4559935_1653578.html.
- S. GAMET, « PME : 10 conseils pour bien gérer le ''secret d'affaires'' », *Les Echos*, 24 juillet 2017, www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-172216-pme-comment-gerer-et-tirer-parti-du-secret-daffaires-2103885.php.
- R. GEOFFROY, « LuxLeaks : « Ce procès est un message envoyé contre les lanceurs d'alerte » », *Le Monde*, 12 décembre 2016, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/12/12/luxleaks-ce-proces-est-un-message-envoye-contre-les-lanceurs-d-alerte-et-les-journalistes_5047308_4862750.html.
- J. GUERAUD-PINET, « Directive ''secret des affaires'' : un flou juridique dangereux pour les lanceurs d'alerte », *Le Plus (Le Nouvel Observateur)*, 15 avril 2016, http://leplus.nouvelobs.com/contribution/1505940-directive-secret-des-affaires-un-flou-juridique-dangereux-pour-les-lanceurs-d-alerte.html.
- P. KREMER, « Irène Frachon : « Avec le Médiator, j'ai déterré un charnier », *Le Monde*, interview, 20 novembre 2016, www.lemonde.fr/sante/article/2016/11/20/irene-frachon-avec-le-mediator-j-ai-deterre-un-charnier_5034550_1651302.html.
- LE MONDE, « Le Parlement européen adopte la directive sur le secret des affaires », *Le Monde*, 14 avril 2016, www.lemonde.fr/economie/article/2016/04/14/le-parlement-europeen-adopte-la-directive-sur-le-secret-des-affaires_4902340_3234.html.
- F. LHOMME et G. DAVET, « Qui est Hervé Falciani, le cauchemar de HSBC ? », *Le Monde*, 09 février 2015, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2015/02/09/qui-est-herve-falciani-le-cauchemar-de-hsbc_4572876_4862750.html.
- O. de MAISON ROUGE, « Violation des secrets d'affaires : actualités du droit américain », *Les Echos*, 15 novembre 2010, http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2010/11/15/cercle_31892.htm.
- O. de MAISON ROUGE et J.-P. VUILLERME, « Le secret des affaires, une légitime défense pour les entreprises », *Les Echos*, 16 décembre 2016, www.lesechos.fr/16/12/2016/LesEchos/22341-050-ECH_le-secret-des-affaires--une-legitime-defense-pour-les-entreprises.htm.
- S. MICHEL, « LuxLeaks : 28 000 pages de documents secrets, 548 accords confidentiels », *Le Monde*, 06 novembre 2014, www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2014/11/06/luxleaks-28-000-pages-de-documents-secrets-548-accords-confidentiels_4519428_4862750.html.
- C. RAINFROY, « Lanceurs d'alerte : des protections juridiques bien faibles », *Le Monde*, 19 juillet 2013, www.lemonde.fr/politique/article/2013/07/19/lanceurs-d-alerte-des-protections-juridiques-bien-faibles_3448750_823448.html.
- Reporters Sans Frontières, *Adoption de la directive sur le secret des affaires : le journalisme d'investigation doit être sauvegardé*, 14 avril 2016, www.rsf.org/fr/actualites/adoption-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-le-journalisme-dinvestigation-doit-etre.
- J. TILOUINE et al., « Chefs d'Etat, sportifs, milliardaires : premières révélations des « Panama papers » sur le système offshore mondial », *Le Monde*, 03 avril 2016, www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/03/chefs-d-etat-sportifs-milliardaires-premieres-revelations-des-panama-papers-sur-le-systeme-offshore-mondial_4894816_4890278.html.
- M. VAUDANO, « PS, LR et FN unis pour approuver la directive sur le secret des affaires », *Le Monde*, 16 avril 2016, www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/04/16/secret-des-affaires-comment-ont-vote-les-eurodeputes-francais_4903536_4355770.html.
- M. VAUDANO et A. REAUX, « Journalistes et lanceurs d'alerte sont-ils menacés par la directive sur le secret des affaires ? », *Le Monde*, 17 juin 2015, www.lemonde.fr/evasion-

fiscale/article/2015/06/17/journalistes-et-lanceurs-d-alerte-sont-ils-menaces-par-la-directive-sur-le-secret-des-affaires_4655743_4862750.html.

Presse étrangère

- E. GOLDMAN, « The new 'Defend Trade Secrets Act' » is the biggest IP development in years », *Forbes*, 28 avril 2016, www.forbes.com/sites/ericgoldman/2016/04/28/the-new-defend-trade-secrets-act-is-the-biggest-ip-development-in-years/#7e1fd22f4261 (site consulté le 24 août 2017).
- G. GREENWALD et al., « Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations », *The Guardian*, 11 juin 2013, www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance (site consulté le 24 août 2017).
- J. JAEGER, « Companies now have federal remedy to protect trade secrets », *Compliance week*, juillet 2016, pp. 57-59.
- J. POOLEY, « The inadequacy of trade secret law – Why Congress should pass the DTSA », *Inventors digest*, mars 2016, pp. 40-43.

Table des matières

Remerciements III
Plan V

Introduction 7

Partie I – Les limites d'un système positif dualiste de protection du secret des affaires 14

Section 1 – L'inadéquation de la protection légale des secrets d'affaires aux besoins des entreprises 14
A. L'éparpillement des dispositions protégeant les secrets d'affaires 14
1. Les dispositions issues du droit commun 15
a. Une protection délicate des secrets d'affaires en droit civil 15
b. Une réification de l'information intervenant en matière pénale 18
c. Une protection des secrets d'affaires contre les salariés 19
2. Les dispositions issues de matières spéciales 21
a. La protection du secret professionnel 21
b. La protection des secrets d'affaires par la propriété intellectuelle 22
c. La protection des secrets d'affaires par des fondements véritablement disparates 24
B. L'inaboutissement des propositions contemporaines de réforme de cette protection des secrets d'affaires 26
1. La prise en compte parlementaire du besoin de cohérence de la protection des secrets d'affaires 26
a. La prise en compte de l'intelligence économique grâce aux rapports parlementaires 26
b. L'activisme du député Carayon dans les propositions de loi 28
2. L'échec inattendu de la loi Macron 29

Section 2 – L'hétérogénéité de la protection contractuelle des secrets d'affaires 32
A. La tentative de protection contractuelle « sur-mesure » de la confidentialité 32
1. L'ambivalence de l'obligation de confidentialité 33
a. L'intérêt de la stipulation d'une clause de confidentialité 33
b. L'étendue limitée de l'obligation de confidentialité 34
2. La possibilité de cumul d'instruments contractuels divers 36
B. L'échec pratique de la protection contractuelle des secrets d'affaires 38
1. L'efficacité limitée des instruments contractuels 39
a. L'opposabilité limitée des instruments contractuels 39
b. Le faible intérêt de la protection contractuelle des secrets d'affaires 40
2. La problématique de la persistance du secret au-delà de la période contractuelle 42
a. La préférence à conserver pour une protection matérielle des secrets d'affaires 42
b. Le besoin de protéger les secrets d'affaires durant l'instance 44

Partie II – Le développement européen d'une véritable protection du secret des affaires 47

Section 1 – La reconnaissance bienvenue d'une notion sui generis de secret des affaires 48
A. L'influence internationale majeure de la protection du secret des affaires 48
1. Un développement international de définitions de la notion de secret des affaires 48
a. Une législation américaine précurseur sur la protection du secret des affaires 48
b. Une prise en compte de la protection des secrets d'affaires découlant des nouvelles dynamiques économiques mondiales 50
2. Une tentative de protection du secret des affaires sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce 51
a. L'accord sur les ADPIC 51
b. Le régime de protection des secrets d'affaires mis en place par l'accord sur les ADPIC 52
B. La directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 54
1. L'appréhension logique de la protection des secrets d'affaires par l'Union européenne 54
a. Une notion déjà connue 54
b. Un projet de directive à compter de 2013 56
2. Une protection extensive nécessitant des précisions 57
a. La création d'un régime propre de protection des secrets d'affaires 57
b. L'adoption d'une directive non exempte de critiques 60

Section 2 – L'encadrement indispensable des balbutiements du secret des affaires par la protection des droits et intérêts des tiers 62
A. La nécessité d'une limitation du secret des affaires en faveur d'intérêts privés 63
1. La remise en cause du secret par la justice 64
2. La remise en cause du secret dans la gestion de l'entreprise 66
a. La transparence des informations comptables et financières 66
b. La transparence de la gestion proprement dite de l'entreprise 68
3. La remise en cause du secret dans l'intérêt des créanciers 69
B. La nécessité d'une limitation du secret des affaires découlant de la liberté de circulation des travailleurs 71
C. La nécessité d'une limitation du secret des affaires en faveur de l'intérêt général 72
1. La remise en cause potentielle de la liberté d'expression des journalistes 73
a. Un scandale dénonçant le caractère liberticide de la protection du secret des affaires 73
b. Un simple pendant au secret des sources des journalistes 75
2. L'impact imprévisible de la directive sur l'activité des lanceurs d'alerte 77
a. La dénonciation d'un oubli de l'intérêt général dans la directive protégeant le secret des affaires 78
b. La critique sous-jacente du statut limité des lanceurs d'alerte 79
c. L'intérêt de la mise en place d'une procédure d'alerte pour la protection des secrets d'affaires 81

Annexe 86
Table de jurisprudence 87
Bibliographie 90
Table des matières 98