



HAL
open science

Le secret dans la vie des affaires

Charlotte Montrozier

► **To cite this version:**

| Charlotte Montrozier. Le secret dans la vie des affaires. Droit. 2020. dumas-02890168

HAL Id: dumas-02890168

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02890168v1>

Submitted on 6 Jul 2020

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.



Institut National
Universitaire
Champollion

MÉMOIRE DE RECHERCHE

En vue de l'obtention du Master 1 Droit de l'entreprise, parcours type « droit
privé »

Présenté et soutenu

par :

Charlotte MONTROZIER

Le secret dans la vie des affaires

Directeur de mémoire

Emmanuel CORDELIER

Maître de conférences à l'INU Champollion



Le secret dans la vie des affaires

Charlotte MONTROZIER



Remerciements

Préalablement à l'exposé de mon mémoire, je souhaite remercier vivement Monsieur le Professeur Emmanuel CORDELIER, qui m'a proposé ce sujet extrêmement intéressant et d'actualité. Son implication et sa promptitude à répondre à mes diverses demandes, malgré la situation sanitaire actuelle complexe, ont été pour moi fructueux à la réalisation de mon travail.

Je souhaite également remercier chaleureusement mes amis du Master 2 Droit de l'entreprise, pour leur aide méthodologique et avis lors de la rédaction de mon mémoire. Au-delà, je souhaite également remercier Aurore GIMENEZ, avec qui nous avons partagé nos années licences et qui a toujours été de bon conseil sur ce travail d'initiation à la recherche.

Enfin, je tiens à remercier tout particulièrement mes parents et Mathieu, qui ont été un soutien très important durant mon année universitaire et lors de la rédaction de ce mémoire de recherche, avec une franche insistance s'agissant de ma maman, qui a notamment été d'une aide précieuse dans la relecture du présent mémoire.

Sommaire

Partie 1. L'émergence du secret des affaires

Chapitre 1. Vers une consécration législative nécessaire de la notion de secret des affaires

Chapitre 2. La conciliation périlleuse du secret des affaires avec d'autres impératifs

Partie 2. La préservation du secret des affaires

Chapitre 1. Une volonté de généralisation du régime de protection du secret des affaires

Chapitre 2. Une protection du secret des affaires garantie par d'autres matières spéciales



Introduction

Pour Aristote Onassis « *Le secret des affaires est de savoir quelque chose que personne d'autre ne sait* »¹. De la sorte, il est possible d'affirmer que le secret des affaires est un savoir-faire à ne pas faire savoir.

En effet, « *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* »².

Ces quelques phrases permettent ainsi de mettre en lumière les problématiques et enjeux économiques contemporains. Cette mutation des entreprises³ est un phénomène qui, bien qu'identifiable de façon graduelle dès la fin de la période des « Trente Glorieuses »⁴, est extrêmement vif dans la période récente du fait des innovations technologiques majeures intervenues concomitamment à une mondialisation des échanges commerciaux toujours plus importante.

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, le constat est qu'une telle protection est extrêmement complexe au vue de l'immatérialité qui intervient désormais dans l'économie. La richesse des entreprises n'est pas nécessairement matérialisée ou matérialisable sur des supports aisés à protéger.

¹ Olivier de Maison Rouge, *Le secret des affaires, outil de protection des actifs numériques*, CAIRN.INFO 2018, page 43

² 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.

³ 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. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. Université, 2016, éd. 23, p. 5), ceux-ci s'avérant en l'espèce peu pertinents.

⁴ 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)

Une illustration peut être trouvée en matière d'informations confidentielles des entreprises, ces dernières 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 »⁵ et doit donc être pleinement prise en compte dans l'optique de la protection des informations confidentielles des entreprises.

Ce besoin d'évolution des mécanismes de protection des entreprises, découle de la prise de conscience des profondes mutations intervenus tant en microéconomie qu'en macroéconomie. Ce phénomène a été intégré pleinement 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 ».

Il convient donc de développer plus longuement cette notion de secret des affaires ancré dans les évolutions économiques contemporaines et suscitant de nombreux débats juridiques faisant l'actualité.

Le secret des affaires est donc une notion encore très ambiguë, ce qui peut être vu comme paradoxal tant elle est présente dans l'actualité juridique depuis ces dernières 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 terme de secret a été 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 »⁶. Cet ouvrage comme d'autres, ajoutent une énumération de secrets légaux qu'il convient de prendre en compte pour appréhender la notion, à l'image des secrets de fabriques, des sources journalistiques, et d'autres en revanche, qu'il faut préciser, mais qui s'avère non opportun à cette étude, à savoir le secret professionnel, l'arbitrage, ou bien encore le secret médical.

⁵ J.-Y. HUWART et L. VERDIER, op. cit.

⁶ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9ème édition mise à jour, août 2011, pp. 938-940.

En effet, le secret professionnel peut se définir comme l'interdiction faite à celui qui y est soumis de divulguer les informations dont il a été dépositaire. En ce sens, l'article 226-13 du code pénal précise la sanction dont est passible le professionnel soumis au secret qui commet l'infraction de divulguer une information à caractère secret⁷. Il s'agit donc d'une obligation à laquelle est soumis le professionnel, et non un droit ou une « protection », dont il pourrait user à son initiative ou dans son intérêt. Ainsi par exemple, le secret professionnel de l'avocat est entendu largement par le législateur : le secret professionnel couvre les consultations adressées par un avocat à son client, les correspondances échangées entre eux ou entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et toutes les pièces du dossier⁸.

Le secret professionnel est certes un secret dans le sens où la divulgation d'informations confidentielles s'avère être prohibée, mais il ne concerne en rien la vie des affaires.

Il en va autant du secret médical, qui s'entend comme l'interdiction faite à tout médecin de communiquer à des tiers des informations sur son patient. Ce secret couvre l'ensemble des informations dont le médecin a connaissance, à savoir les informations qui lui ont été confiées, ce qu'il a vu, entendu ou compris, l'identité des patients et les éléments permettant de les identifier.

Ce secret médical est ainsi absolu, et vise là aussi, à la non divulgation d'informations confidentielles, mais ne s'apparente de quelques manières que ce soit à la vie des affaires.

Concernant l'arbitrage qui ne fera pas l'objet de notre étude, on note une volonté de confidentialité. Lors d'un différend entre des parties à un contrat, celles-ci peuvent décider qu'un tribunal d'arbitrage sera désigné pour résoudre le conflit. Il se forme alors, entre les parties et les personnes composant le tribunal arbitral, une convention d'arbitrage dans laquelle il est évidemment précisé que l'arbitre ou les arbitres n'agiront pas pour l'une ou l'autre des parties, mais plutôt dans un intérêt commun. De cette convention naissent, d'une part, les droits et obligations des parties et, d'autre part, les droits et devoirs des arbitres.

En ce qui attrait aux devoirs des arbitres, l'obligation au secret du délibéré et l'obligation de confidentialité retiennent particulièrement notre attention, car elles démontrent une réelle volonté à ne pas ébruiter l'affaire et à la garder secrète entre les parties.

⁷ Article 226-13 du Code pénal : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

⁸ Loi n°1130 du 31 décembre 1971, article 66-5

Ce dernier point permet d'insister sur les personnes tenues au secret, comme le fait la définition du Trésor de la langue française informatisée 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 confidentiels ».

Ensuite, concernant le terme « la vie des affaires », il peut être défini comme étant les « opérations de toute nature liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière »⁹. De ce fait, la protection du secret des affaires serait les « moyens destinés à défendre un droit [ou] une situation »¹⁰ qui seraient constitués 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 sous la plume de Jean-Marie Garinot¹¹, qui réalise une telle opération dans sa thèse, 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 stade 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 » »¹².

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

⁹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9ème édition mise à jour, août 2011, p.40

¹⁰ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9ème édition mise à jour, août 2011, p.815

¹¹ J.-M. GARINOT, Le secret des affaires, thèse, Dijon, 2011, LexisNexis, 2013.

¹² M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Secrets professionnels, Autrement, 1999, p. 167 – cité par J.-M. GARINOT, *ibid.*, p. 5

l'ouvrage, à l'image de celle du professeur R. Saint-Alary¹³ 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. Huet¹⁴, 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 diverses définitions doctrinales mettent 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 cette notion, qui ne pourra réellement être appréhendée que par l'étude des outils pratiques permettant de l'assurer. Par ailleurs, 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 »¹⁵ et que la loi ne lui oblige pas de révéler.

En outre, l'absence d'une véritable définition, a été soulignée par la Cour de cassation¹⁶, celle-ci précisant alors son utilisation de la définition donnée par l'arrêt Postbank contre Commission¹⁷ 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 ».

¹³ R. SAINT-ALARY, « Le secret des affaires en droit français », travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXV, 1974, Dalloz, 1976, p. 264 – cité par J.-M. GARINOT, *idem*

¹⁴ J. HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information : 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.

¹⁵ J.-M. GARINOT, *ibid.*, p. 1

¹⁶ Le droit de savoir, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010

¹⁷ TPICE, 18 septembre 1996, Postbank NV c. Commission, aff. T-353/94.

Le secret des affaires apparaît alors comme une notion encore obscure, d'où la nécessité de venir clarifier celle-ci, chose faite après des années de concertations au niveau européen puis français, où un dispositif de protection a été mis en place à travers la directive de l'Union européenne¹⁸ du 8 juin 2016 dite « secret des affaires », par la suite transposée en droit interne par la loi du 30 juillet 2018¹⁹. Un décret d'application a été publié le 13 décembre 2018.

Par conséquent, cette loi vient pour la première fois poser une définition de la notion de « secret des affaires » en droit français. Elle ne se contente pas seulement de définir, mais aussi de lister les atteintes à ce secret et proposer des mesures pour les prévenir ou les faire cesser, ainsi que pour préserver ce secret²⁰.

De la sorte, avant cette consécration en droit européen puis interne, la notion de « secret des affaires », était alors une notion sans définition uniforme apparente et protégée de surcroît de façon imparfaite par divers instruments.

À titre d'exemple, en matière civile, l'action en concurrence déloyale, fondée sur le droit commun de la responsabilité, couvre un spectre large de secrets mais requiert un préjudice et un lien de causalité, souvent difficiles à démontrer.

En matière pénale, certaines infractions ont pu être utilisées (abus de confiance, vol et recel d'informations), mais l'absence de définition précise du secret des affaires se prête mal au domaine pénal.

Des textes plus spécifiques protègent également les entreprises, notamment contre leurs propres salariés (secret de fabrique) ou certaines professions réglementées (secret professionnel). On peut encore citer la propriété industrielle (brevets, marques, dessins et modèles), mais celle-ci requiert une publication du secret.

Enfin, la liberté contractuelle semble offrir une protection « sur-mesure », mais les clauses de confidentialité et de non-concurrence confèrent souvent une protection imparfaite quant à leur durée (limitée) et leur effet (relatif).

Ainsi, la loi du 30 juillet 2018 va bouleverser la pratique en créant dans le Code du commerce un régime spécifique de protection du « secret des affaires. Un enjeu de la loi reste

¹⁸ Dir. (UE) n° 2016/943 du PE et du Cons., 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : JOUE, 15 juin 2016, L 157/1.

¹⁹ L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires : JO, 31 juill. 2018

²⁰ LexisNexis, La semaine juridique, Une nouvelle ère pour le secret des affaires, Edition Générale - n° 3 - 21 Janvier 2019, page 129

toutefois de préserver un équilibre avec plusieurs droits et libertés fondamentales. En effet, la jurisprudence a été bavarde à ce sujet opposant à de nombreuses reprises liberté de la presse et secret des affaires. Cependant, la Cour de Cassation semble gagner sur ce point sous condition toutefois que ladite information révélée ne porte pas sur un débat d'intérêt général²¹.

Bien que perçu comme une notion consacrée par le droit européen puis français, le secret des affaires est une notion dont les prémices remontent dès le XVIIème siècle avec l'ordonnance de 1673 dite « Colbert », qui fut alors une sorte de « premier code des affaires en Europe »²².

Ladite ordonnance fit l'objet d'un commentaire du financier Jacques Savary dans son ouvrage « Le parfait négociant »²³, où justement il détaille le refus des commerçants du respect de cette règle, afin de ne pas dévoiler leur situation financière à leurs créanciers. C'est ainsi que l'on observe que cette volonté de discrétion était déjà bien ancrée à cette période-là, et qu'elle n'a fait que progresser au fil des années.

De même, dès la fin du XIXème siècle, des tentatives de définition de la notion de secret des affaires est apparue en littérature américaine, provenant des universités de Harvard²⁴ et Yale²⁵. La première se questionnait 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 éléments permettent de démontrer un intérêt ancien pour une telle notion sui generis de secret des affaires.

Par ailleurs, la littérature juridique française n'est pas en reste en ce domaine, puisqu'il est possible de mentionner une thèse réalisée en 1900 par M. Mayer²⁶ 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

²¹ Cass. com., QPC, 4 octobre 2018, Sté Mergermarket Limited c/ Sté Consolis, n° 08-10.688

²² 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.

²³ 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.

²⁴ « Trade secrets », *Harvard law review*, 25 novembre 1897, vol. 11, n° 4, pp. 262-263.

²⁵ B. STEINER, « Trade secrets », *The Yale law journal*, mai 1905, vol. 14, n° 7, pp. 374-379.

²⁶ M. MAYER, *Le secret des affaires commerciales*, thèse, Paris, 1900.

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 être mentionnée, soutenue par F. Angé en 1968²⁷, qui traitait d'un repli de la bourgeoisie d'affaires sur elle-même entraînant « 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.

Nonobstant, il convient de voir que l'intérêt du secret des affaires est extrêmement vif aujourd'hui, et s'inscrit dans une volonté de protection des entreprises contre ces pertes non négligeables et de corriger les défauts des systèmes internes disparates.

C'est dans cette logique que s'inscrit la proposition de novembre 2013 formulée par la Commission européenne, 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 »²⁸.

Cette proposition avait donc pour but d'harmoniser les droits internes alors hétéroclites, afin de mettre en place une véritable « légitime défense »²⁹ des entreprises leur permettant de protéger leurs secrets d'affaires et de stimuler la compétitivité des entreprises européennes³⁰.

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.

Cela étant, se contenter de réduire l'actualité du secret des affaires à cette innovation européenne certes majeure serait extrêmement dommageable dans le cadre de notre étude, car il convient d'évoquer l'activité parlementaire intense en France, sur ce point 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.

²⁷ F. ANGÉ, *Le secret des affaires*, thèse, Toulouse, 1968.

²⁸ 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.

²⁹ O. de MAISON ROUGE et J.-P. VUILLERME, « Le secret des affaires, une légitime défense pour les entreprises », *Les Echos*, 16 décembre 2016

³⁰ O. COUSI, « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », *Le Monde*, 10 novembre 2014

Il est impossible de traiter de cette notion sans penser à la conciliation périlleuse mais inévitable entre une protection relative et absolue qu'il peut y avoir concernant le droit bancaire qui érige le secret bancaire en « devoir », mais aussi en matière de procédure collective qui tente d'assurer l'équilibre entre confidentialité et redressement des entreprises en difficultés, ou bien encore avec la fameuse liberté de la presse, qui se heurte à cette notion.

Mais outre ces éléments qui seront au cœur de notre étude, il sera judicieux de démontrer ce souci du législateur à travers la loi du 30 juillet 2018 de poser un régime strict de protection du secret des affaires, précisant bien clairement le domaine de protection et les aménagements de celui-ci, permettant le bon déroulement des instances et des actions.

Enfin, il ne faudra pas omettre de détailler que ce secret fait l'objet d'un régime normal de protection en droit commercial et en droit de la propriété intellectuelle car certaines découvertes ne peuvent pas faire l'objet d'un brevet.

Par conséquent, il est aujourd'hui nécessaire de voir dans quelle mesure le 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, dans quelle mesure, le droit interne envisage-t-il la protection du secret dans la vie des affaires : entre protection et défaillance ?

Pour cela, il conviendra de voir tout d'abord, l'émergence progressive de la notion en droit français allant vers une consécration européenne (partie 1^{ère}), avant de voir, enfin une volonté plus qu'affirmée de préserver coûte que coûte le secret des affaires (partie 2).

Partie 1. L'émergence du secret des affaires

« Il n'est pas rare de voir certains projets sans cesse évoqués, donnant lieu à la constitution de groupes de réflexion et de travail et à l'élaboration de projets de textes, mais en définitive jamais adoptés, lesquels réapparaissent pourtant régulièrement au fil des législatures successives, constituant au bout du compte de véritables serpents de mer »³¹. Le secret des affaires n'a malheureusement pas dérogé à cette malédiction velléitaire, tout du moins jusqu'à présent.

En effet, les juristes se sont bien trop souvent heurtés à une difficulté majeure, à savoir l'absence cruelle de définition légale du secret des affaires. Obstacle qui ne permettait donc pas de protéger comme il se doit les renseignements économiques non divulgués des entreprises³².

D'où la nécessité absolue pour le législateur français, de prendre en compte, et de mettre en œuvre un véritable régime de protection du secret des 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. Cette volonté a par la suite pris un autre niveau, car le droit européen est venu harmoniser les législations des Etats membres, en consacrant et en définissant la notion de « secret des affaires ».

Outre, une consécration plus que bienvenue de la notion, l'objectif reste toutefois de concilier celle-ci avec d'autres impératifs tout aussi importants. Ce pouvoir périlleux appartiendra au juge, afin de protéger au mieux les intérêts en présence.

Il est donc intéressant de voir que la notion de secret des affaires va faire l'objet d'une consécration législative progressive (Chapitre 1^{er}), tout en tentant de concilier au mieux celle-ci avec d'autres impératifs (Chapitre 2).

³¹ Olivier de Maison Rouge, Le droit du secret des affaires : éternel serpent de mer ou bientôt réalité ?, Cairn.info, 2014, pages 66 à 71

³² Autre dénomination pour désigner le secret des affaires

Chapitre 1 : Vers une consécration législative nécessaire de la notion de secret des affaires

Pendant de nombreuses années, le droit français ne définissait pas le secret des affaires, même si l'expression était fréquemment utilisée et, surtout, il n'existait pas de réglementation d'ensemble pour assurer sa protection. On trouvait seulement quelques dispositions éparses. Il fallait alors s'en remettre au droit commun.

Les tentatives internes pour remédier à cet état de fait n'ont pas eu le succès escompté. De son côté, le droit européen s'est saisi de cette question et a adopté une directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales³³.

Il conviendra donc de voir tout d'abord l'émergence de la notion « secret des affaires » en droit français (section 1^{ère}), pour ensuite comprendre, la consécration de cette dernière par le droit européen (section 2).

Section 1. L'émergence d'une notion juridique en droit français

De la sorte, le législateur français a pris en compte la nécessité de créer un régime de protection des secrets des affaires. Ce régime devait alors permettre de sanctionner l'éventuelle utilisation, mais aussi la simple divulgation, des secrets des affaires d'entreprises par d'autres agents économiques.

Cependant, et malgré une action parlementaire proactive sur la question, un tel projet a échoué à plusieurs reprises. Ainsi, il est nécessaire de voir la prise en compte d'un régime de protection du secret des affaires pour davantage de cohérence (§1), avant de voir l'échec inattendu de la loi dite « loi Macron » (§2).

§1. La prise en compte d'un régime de protection du secret des affaires

La prise en compte par les parlementaires de la nécessité d'améliorer la cohérence de la protection des secrets des 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 »,

³³ Dir. (UE) n° 2016/943 du PE et du Cons., 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : JOUE, 15 juin 2016, L 157/1.

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 des affaires.

Il est donc possible de voir, premièrement, le développement de l'intelligence économique (A), puis de voir, deuxièmement, l'engagement du député Carayon dans les propositions de loi (B).

A. Le développement de l'intelligence économique

Un rapport datant de 1994³⁴ traitait déjà de l'intelligence économique et en proposait à cet égard une définition de la 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 »³⁵.

L'intelligence économique s'entend alors comme un concept 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. Elle 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 est marquée par deux rapports³⁶ commandés par les Premiers ministres Jean-Pierre Raffarin et Dominique de Villepin au député Bernard Carayon.

Le premier, 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, 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'Etat.

³⁴ H. MARTRE, Intelligence économique et stratégie des entreprises, rapport, Commissariat général du Plan, 1994

³⁵ H. MARTRE, idem – cité par B. CARAYON, Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2003, p. 7.

³⁶ B. CARAYON, A armes égales, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.

Dès 2003, le député Carayon avait donc pleinement intégré dans ces rapports, 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.

Par la suite, 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.

Il y a tout d'abord, le rapport de Claude Mathon de 2009, commandé par Alain Juillet, énumérait les matières intervenant dans la protection légale des secrets des affaires. En effet, l'auteur exposait que « 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 ». Ainsi, au-delà de la protection des secrets des affaires, c'est avant tout la sanction de la divulgation qui semblait être insuffisante avec le système existant.

Ensuite, il convient de voir le rapport 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 des affaires, celui-ci permettant de trop nombreuses exceptions au secret, exceptions dont les acteurs économiques ont connaissance et qu'ils n'hésitent pas à utiliser.

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 ».

De son côté, le rapport Urvoas soulignait l'intérêt d'inclure un volet pénal à la protection des secrets des affaires, ceci en s'inspirant notamment de la législation fédérale américaine.

Par conséquent, 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 des affaires. Pour cela, des propositions de loi sont concrètement intervenues, il convient à présent de les envisager.

B. L'engagement du député Carayon dans les propositions de loi

Le député Bernard Carayon est intervenu, en sus de ses deux rapports, à quatre reprises afin de proposer une loi pour protéger les secrets des affaires. Celles-ci sont intervenues en 2004³⁷, 2009³⁸, janvier 2011³⁹, puis enfin novembre 2011⁴⁰.

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.

Cette appréhension de la notion est notamment celle développée par la législation américaine et sera celle développée en France suite aux évolutions européennes récentes. 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 propositions précédentes traitaient seulement de la valeur économique du secret protégé.

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 alors que la deuxième proposition de 2011 fut adoptée en janvier 2012, ces quatre propositions souffraient de lacunes similaires.

³⁷ 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

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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.

En raison, des propositions précédentes n'ayant pas su s'imposer, et en raison de lacunes importantes dénoncées par certains auteurs peu convaincus par l'opportunité de tels changements, il fut alors nécessaire de revoir l'appréhension de la protection des secrets des affaires.

Cela fut fait avec la proposition de loi portée par Bruno Le Roux et de nombreux députés du groupe socialiste de l'Assemblée nationale⁴¹, 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 des affaires en France et ont donc commis de légitimes impairs.

Cette nouvelle proposition a donc fait la synthèse des problématiques rencontrées par ses prédécesseurs. 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 »⁴².

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 ».

⁴¹ 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.

⁴² F. ANGÉ, Le secret des affaires, thèse, Toulouse, 1968.

§2. La reprise de la proposition de loi par le projet de loi dit « loi Macron »

Le gouvernement de l'époque s'est alors emparé de la proposition de loi dit Le Roux/Urvoas pour l'insérer dans son projet de loi (A), mais celui-ci était alors promu à un bel avenir, qui fût réduit de manière imprévisible à un échec (B).

A. La récupération de la proposition de loi Le Roux/ Urvoas

L'ultime proposition de loi pour créer un régime commun 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 »⁴³, du nom du ministre de l'économie de l'époque. Cette reprise s'est faite par le biais d'un amendement présenté le 12 janvier 2015 par R. Ferrand⁴⁴, alors rapporteur général du projet de loi.

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 des 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.

Cette dernière proposition de loi ayant bénéficiée de tout le travail parlementaire effectué sur la question depuis 2003, 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 : ce fût alors un nouvel échec quant à la création d'un régime commun de protection du secret des affaires.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

B. Un échec imprévu en raison de divers facteurs

Le gouvernement de l'époque a donc fait machine arrière en retirant cet amendement dans le projet de loi concernant le secret des affaires, car ce projet de loi pouvait être mis en péril à cause de ce point et il était alors impensable qu'un tel événement se produise, car le projet de loi était censé donner un regain de croissance à l'économie française.

La crainte de cette notion, était que le secret des affaires puisse condamner à tort et à travers les journalistes, qui ne pourraient alors plus effectuer leurs investigations.

C'est ainsi, qu'au matin du jeudi 29 janvier 2015, 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 des 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.

Ainsi, ces critiques, opérées par les journalistes, montrent là un choix de la part du gouvernement pour les droits et libertés fondamentaux, au profit du secret des affaires, notion tout aussi importante pour le bon fonctionnement des entreprises françaises. 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 infraction⁴⁵.

Par conséquent, le retrait de l'amendement et son non-remplacement dans la loi finalement adoptée⁴⁶ est à déplorer. 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.

⁴⁵ 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

⁴⁶ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Cela étant, 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 entraîner des critiques fortes.

De surcroît, cette protection du secret des affaires s'avère lacunaire et restreinte, souffrant notamment de l'absence d'une définition claire et formalisée, qui fût réduite en cendres par l'abandon de l'amendement sur ce point dans le projet de « loi Macron ».

Malgré une suppression in extremis de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », le secret des affaires fait son grand retour à travers la voie européenne.

Section 2. La consécration assurée par le droit européen

Conscientes que « nul ne garde mieux un secret que celui qui l'ignore », les entreprises ont perpétuellement souhaité protéger leur savoir-faire. C'est de ce constat que le droit européen s'est emparé de cette question afin de protéger au mieux, de manière harmonieuse, « le secret des affaires ».

Il convient de voir tout d'abord une volonté d'unification du secret des affaires dans les différents Etats membres (§1), pour ensuite, comprendre que cette directive européenne est venue combler un vide juridique en droit français (§2).

§1. Une volonté d'unification du secret des affaires

L'Union européenne adoptera donc le 8 juin 2016, la directive inspirée fortement de la loi américaine UTSA (Uniform Trade Secrets Act de 1979) visant à protéger les informations commerciales non divulguées.

Il faudra constater que cette directive protégeant le secret des affaires s'inscrit dans un contexte économique particulier (A), et que le constat juridique sur la situation est tout aussi désobligeant (B).

A. Un contexte économique particulier

Les études réalisées par la Commission européenne tendent à démontrer que les risques d'appropriation illicites sont en constante augmentation en raison de facteurs multiples : mondialisation, externalisation, allongement des chaînes de production et

d'approvisionnement, ainsi que développement des nouvelles technologies de l'information et des communications⁴⁷.

À ce titre, une entreprise sur cinq aurait été victime d'appropriation illicite au sein de l'Union Européenne ces dix dernières années.

Aux dires des entreprises ayant participé à l'étude, l'appropriation ou la tentative d'appropriation de secrets des affaires ont entraîné une baisse des ventes (56%), des coûts d'enquêtes internes (44%), des frais judiciaires (31%), ainsi que l'augmentation des dépenses de protection des informations (35%).

Ainsi, les objectifs affichés de la proposition de directive sont multiples : pallier à l'hétérogénéité et à la fragmentation actuelle des cadres juridiques ; encourager la hausse des investissements dans la recherche et le développement du secteur privé ; lever les freins à l'innovation, la compétitivité et la croissance au sein du marché intérieur.

Suite à ces éléments, le besoin d'une directive sur le secret des affaires se fait plus que ressentir, surtout que le constat juridique sur ce point est désobligeant.

B. Un constat juridique désobligeant

En effet, la Commission Européenne fait un constat amer concernant la protection des « informations commerciales non divulguées » : trop peu de pays européens, dont la France, prévoient une définition du secret commercial dans leur législation ; les lois en vigueur dans les pays membres de l'Union varient fortement quant à la protection de ces informations (lorsqu'elles en offrent une) ; les entreprises rencontrent des difficultés à appréhender les différences de systèmes juridiques et surtout s'avèrent hésitantes à introduire des recours en justice craignant d'aboutir à un résultat inverse, à savoir la divulgation des informations dont elles cherchent à obtenir la protection lors de leurs recours devant les tribunaux.

Il ressort de l'étude initiée par la Commission Européenne que seule la Suède dispose d'un régime juridique « ad hoc »; les autres États membres ayant recours au droit commun en matière civile et pénale.

De plus, les droits de propriété industrielle traditionnels (brevets, marques, dessins et modèles) s'avèrent partiellement inefficaces, puisqu'ils ne permettent pas de saisir et de

⁴⁷ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, April 2013

protéger l'ensemble des informations et connaissances circulant intra et inter-entreprises. Cela d'autant moins que les coûts de protection induits pas ces droits peuvent se révéler prohibitifs. Ainsi, si les renseignements non divulgués sont utilisés par des entreprises de toutes tailles, ce sont les petites et moyennes entreprises, start-ups et organismes de recherche qui y ont davantage recours⁴⁸.

Ainsi, à travers l'adoption de cette directive, le secret des affaires fait l'objet d'une harmonisation juridique dans chaque Etat membre, harmonisation minimale, car chaque Etat membre conserve la faculté, lors de la transposition, d'accorder une protection plus importante aux entreprises au titre du secret des affaires.

Par conséquent, la transposition de cette directive imposait des modifications au niveau législatif. Tel est l'objet de la loi du 30 juillet 2018, qui définit le secret des affaires et assortit sa violation de lourdes sanctions. Quoique controversée, la loi a été validée par le Conseil Constitutionnel reconnaissant les trois nouveaux articles du code de commerce comme conformes.

§2. Le comblement d'un vide juridique en droit français

La loi relative à la protection du secret des affaires entrée en vigueur le 1^{er} août 2018, a pour principal objet de modifier la législation nationale afin de transposer la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites⁴⁹.

Il convient de voir tout d'abord, l'affirmation d'un objectif précis à travers cette loi du 30 juillet 2018 (A), pour enfin voir, la genèse de la définition du secret des affaires inscrite dans le code de commerce (B).

A. L'affirmation d'un objectif précis

Suite à la promulgation au Journal Officiel du 31 juillet 2018 et à l'entrée en vigueur le 1^{er} août 2018, apportant ainsi une innovation juridique majeure et attendue depuis de nombreuses années, cette loi crée ainsi un nouveau droit protégeant les informations et les savoir-faire non divulgués, et les droits non enregistrés.

⁴⁸ Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive COM(2013) 813 final – 2013 :0402 (COD)

⁴⁹ L. n°2018-670, 30 juillet 2018 : Defrénois flash 27 août 2018, n° 146t4, p.1

De la sorte, la loi relative à la protection du secret des affaires, a pour principal objet, de modifier la législation nationale afin de transposer la directive (UE 2016/943) du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

A ce titre, elle introduit dans la législation française un dispositif général garantissant une protection renforcée des informations confidentielles détenues par les entreprises françaises. Est ainsi créé, dans le Code de commerce un titre V « De la protection du secret des affaires ».

Le chapitre 1^{er} définit l'objet et les conditions dans lesquelles la protection est accordée, tout en énonçant les cas de dérogation nécessaires pour, notamment, garantir le respect des droits fondamentaux. Le chapitre 2 prévoit les mesures pouvant être adoptées par les juridictions dans le cadre d'une action ayant pour objet la prévention, la cessation ou la réparation d'une atteinte au secret des affaires. Le chapitre 3 fixe les mesures de protection de la confidentialité des échanges relatifs au secret des affaires. Les conditions d'application seront fixées par un décret pris en Conseil d'Etat.

De plus, par sa décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018, le Conseil Constitutionnel a déclaré conforme l'ensemble des dispositions contestées de la loi.

Par conséquent, il convient de voir la définition posée dans le code de commerce concernant la définition de secret des affaires.

B. La genèse d'une définition

En outre, l'article L.151-1 du Code de commerce prévoit qu'est protégée au titre du secret des affaires toute information qui répond aux trois critères suivants prévus par la directive précitée de 2016.

Tout d'abord, elle ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité.

Ensuite, elle doit revêtir une valeur commerciale du fait de son caractère secret.

Et enfin, elle doit faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.

Ainsi, dès lors qu'une information présente l'ensemble des caractéristiques, elle peut faire l'objet d'une protection dans les conditions prévues par le nouveau titre V du livre I^{er} du Code de commerce. Par ailleurs, l'article L. 151-2 dudit code précise qu'est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite.

Par conséquent, cette consécration législative en droit français a le mérite de poser un socle de définition clair en trois temps, permettant de ce fait une protection plus adaptée du secret des affaires.

Or, la protection des secrets des affaires souffre d'un défaut très important, à savoir, celui d'être une protection éclatée entre de nombreuses matières ayant parfois peu de liens entre elles.

Chapitre 2 : La conciliation périlleuse du secret des affaires avec d'autres impératifs

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 bancaire, le droit du travail, le droit des procédures collectives ou encore la liberté d'expression.

Dans une optique de simplicité, il convient d'appréhender la protection absolue du secret des affaires à travers ces impératifs (section 1^{ère}), afin de voir par la suite, que cette protection peut s'avérer relative pour ces mêmes impératifs (section 2).

Section 1: Une protection absolue du secret des affaires

Les nouvelles dispositions législatives sur le secret des affaires laissent une part importante à l'appréciation (notamment du juge). Toutefois, l'on constate que certains secrets d'affaires font l'objet d'une protection plutôt renforcée, à l'image du secret bancaire, de la confidentialité en matière de redressement des entreprises en difficulté ou encore de respect de l'obligation de confidentialité primant sur la liberté de la presse.

Nous verrons alors successivement dans le cadre de notre étude que la protection est absolue en matière d'obligation au secret bancaire (§1), mais aussi concernant la confidentialité nécessaire au redressement de l'entreprise (§2), ou bien encore, l'obligation de confidentialité primant sur la liberté de la presse (§3).

§1^{er} : L'obligation au secret bancaire

Pendant assez longtemps, aucun texte ne prévoyait expressément le secret bancaire. Ce n'est que par la loi bancaire du 24 janvier 1984⁵⁰ relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, que ce principe a été reconnu légalement en France.

Il convient ainsi de voir le contenu du secret bancaire (A), pour enfin envisager les sanctions encourues en cas de manquement à ce secret bancaire (B).

⁵⁰ Il demeurerait néanmoins reconnu par la doctrine, A.Sacker, Du secret professionnel du banquier, thèse, Paris, 1933 - P.Gulphe, Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé, RTD com. 1948

A. Le contenu du secret bancaire

Le secret bancaire couvre donc uniquement les informations confidentielles⁵¹, il s'agit d'informations précises à l'image des informations chiffrées. Il est ainsi interdit au banquier de révéler aux tiers le montant du solde d'un compte ou le montant d'un crédit consenti à un client⁵².

En revanche, ne sont pas confidentielles les informations d'ordre général qui peuvent être données par un banquier à un tiers qui se renseigne notamment sur la solvabilité de l'un de ses clients. Ces informations présentent un tel caractère si le banquier se borne à indiquer que les échéances sont difficiles ou encore que les paiements sont réguliers.

Concernant les personnes débitrices de l'obligation au secret, elles sont définies à l'article L.511-33 I du Code monétaire et financier. Il s'agit de toutes les personnes, qui, à un titre quelconque, participent à la gestion ou à la direction d'un établissement de crédit ou qui sont employées par celui-ci.

A ce premier cercle des débiteurs, s'en ajoute un deuxième, qui comprend des personnes qui, à l'occasion de leurs fonctions, peuvent obtenir communication des informations confidentielles détenues par les établissements de crédit. Ainsi par exemple, toutes les personnes qui participent aux missions de contrôle confiées à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁵³ sont tenues au secret.

De la sorte, le secret bancaire vise à protéger le client contre la divulgation d'informations confidentielles. Il protège également l'ensemble des personnes à propos desquelles le banquier a, en raison de ses relations avec son client, des informations confidentielles.

Fondé sur le respect de la vie privée⁵⁴, le secret bancaire est de simple protection du client - plus généralement des personnes concernées par les informations confidentielles - de sorte

⁵¹ Dans son arrêt du 21 février 2012 (Banque et droit n°143 mai-juin 2012, 20 obs. Bonneau), la chambre commerciale de la Cour de Cassation a considéré que les coordonnées du bénéficiaire d'un virement telles que sa dénomination, son immatriculation et le lieu de son siège social, sont couvertes par le secret bancaire alors que ces informations bénéficient d'une diffusion qui est incompatible avec le caractère confidentiel des informations.

⁵² Versailles, 23 mars 1994, la cour d'appel considère qu'un directeur d'un établissement de crédit viole le secret professionnel en communiquant à des commerçants - lesquels avaient reçu une délégation leur permettant d'octroyer des prêts jusqu'à un certain montant - une liste informatique nominative de plusieurs centaines de personnes supposées présenter un risque quant à l'octroi d'un éventuel crédit.

⁵³ Article L.612-17 du Code monétaire et financier

⁵⁴ Article 9 du Code civil

que celles-ci peuvent y renoncer⁵⁵ : elles peuvent lever le secret et donc autoriser la banquier à communiquer lesdites informations⁵⁶.

A défaut d'une telle autorisation, le secret bancaire s'oppose à toute communication ; il est, dit-on, opposable aux tiers.

Ce principe suscite certaines difficultés d'application qui se rencontrent lorsqu'une personne demande à un établissement de crédit, des renseignements et qu'une personne demande à un établissement de crédit des renseignements et que ce dernier lui oppose le secret bancaire. La question est alors de savoir si cette personne est un tiers ou si, en revanche, le secret lui est inopposable parce qu'elle fait partie du cercle des ayants droit aux informations couvertes par ledit secret.

Concernant les personnes physiques, il est certain qu'un conjoint ainsi que les membres de la famille d'un client sont des tiers auxquels un établissement de crédit peut opposer le secret bancaire. Cette solution valable lorsque le client est vivant, ne l'est plus à son décès⁵⁷. En effet, le principe de la continuation de la personne du défunt impose au banquier de répondre favorablement à la demande de renseignements des héritiers.

S'agissant des personnes morales, les représentants légaux ne peuvent se voir opposer le secret professionnel pour des informations relatives à la société qu'ils dirigent, cette solution n'est certaine que pour le gérant ou le président du conseil d'administration qui est en même temps directeur général.

Elle est en revanche incertaine lorsqu'il s'agit des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance : les membres de ces conseils peuvent-ils demander à titre individuel des informations au banquier ?

La doctrine est partagée sur ce point⁵⁸. Il semble toutefois que l'on doive tenir compte de l'étendue des pouvoirs exercés par les membres de ces conseils. On sait que ces derniers exercent un pouvoir collectif et que si le conseil d'administration est investi du pouvoir de

⁵⁵ Cass.com., 1^{er} avril 1995, Revue droit bancaire et bourse n°49, mai-juin 1995

⁵⁶ Article L.511-33, I, al. 4, Code monétaire et financier

⁵⁷ Reims, 25 février 1993, Revue droit bancaire et bourse n°39, septembre-octobre 1993

⁵⁸ M. Rives-Langes et Mme Contamine-Raynaud estiment que le secret bancaire ne peut être opposé aux membres des conseils d'administration et de surveillance, en revanche, M. Vasseur, est favorable à l'application du secret bancaire lorsque la demande d'information est formée à titre individuel, Revue droit bancaire et financier, n°2, 2011, p.2

gestion⁵⁹, le conseil de surveillance est titulaire d'un large pouvoir de contrôle⁶⁰. Aussi doit-on considérer que si les membres de ces conseils ne peuvent individuellement obtenir des établissements de crédit la fourniture de renseignements, ils le peuvent collectivement.

Quant aux associés, le secret bancaire leur est opposable⁶¹. Ils n'ont donc pas accès aux informations confidentielles concernant la société.

Par conséquent, en cas de violation du principe par une personne tenue au respect de ce secret bancaire, des sanctions sont encourues.

B. Les sanctions encourues en cas de manquement

Antérieurement à la reconnaissance expresse du secret bancaire par la loi du 24 janvier 1984, la violation par le banquier de son obligation de discrétion ne lui faisait encourir, semble-t-il, que des sanctions civiles. Il en va différemment aujourd'hui : des sanctions civiles, pénales et disciplinaires sont encourues en la matière.

Ainsi, concernant les sanctions civiles, le banquier verra sa responsabilité civile contractuelle engagée lorsqu'il aura révélé une information de nature confidentielle visant une personne avec laquelle il est lié contractuellement.

C'est ainsi que cette responsabilité peut être imputable à titre personnel à l'établissement de crédit lorsque l'indiscrétion a été commise par les dirigeants sociaux ou encore en raison du fait d'autrui si le dommage résulte d'une violation commise par un employé qu'il a introduit dans l'exécution de son obligation contractuelle.

L'inexécution de l'obligation de discrétion confère alors au client lésé par la révélation le droit de réclamer la réparation du dommage par le biais de dommages-intérêts. Il semble également qu'il puisse obtenir la résolution du contrat qui l'unit au banquier.

En outre, les règles du secret bancaire débordent des limites de la responsabilité contractuelle, les personnes pourtant non clientes du banquier demeurant protégées par le principe. Le banquier pourra dès lors voir sa responsabilité civile délictuelle engagée lorsqu'il aura révélé une information de nature confidentielle visant une personne avec laquelle il n'est

⁵⁹ Article L.225-35 du Code de commerce : « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre [...]. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent ».

⁶⁰ Article L.225-68 du Code de commerce : « Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire ».

⁶¹ Paris, 20 mars 1990, Revue droit bancaire et bourse n°21, septembre-octobre 1990.

pas lié, pas encore lié ou n'est plus lié contractuellement, et que cette révélation aura occasionné un préjudice à l'intéressée. Celle-ci sera en droit d'obtenir réparation du dommage subi par l'octroi de dommages et intérêts.

S'agissant des sanctions pénales, l'article L.571-4 du Code monétaire et financier sanctionne par les peines figurant à l'article 226-13 du Code pénal, soit un d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, le fait, pour les personnes mentionnées à l'article L.511-33, de méconnaître intentionnellement le secret. Les personnes morales reconnues coupables de l'infraction peuvent se voir, quant à elles, infliger une amende pouvant s'élever jusqu'à 75 000 euros.

Par ailleurs, outre le fait que la violation du secret bancaire peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, car constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles en raison de l'emploi occupé, des sanctions disciplinaires peuvent également être prononcées à l'encontre des établissements eux-mêmes par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Cette dernière, doit s'assurer qu'en vertu de l'article L.612-1 I du Code monétaire et financier, du respect par les établissements de crédit des dispositions figurant dans le même code.

A défaut, la loi reconnaît à l'Autorité le pouvoir de prononcer des sanctions disciplinaires, qui peuvent se révéler très lourdes, contre l'établissement de crédit en question.

C'est ainsi que la protection de l'obligation du secret bancaire se révèle être un principe absolu, qui fait l'objet d'importantes répressions en cas de défaillance.

Cette nécessité de protection du secret se retrouve dans le domaine des entreprises en difficultés, où là aussi la confidentialité est un enjeu majeur, permettant le bon redressement de l'entreprise.

§2. Une confidentialité nécessaire au redressement de l'entreprise

Du point de vue de l'entreprise, personne physique ou personne morale, en situation difficile ou faisant l'objet d'une procédure collective, la discrétion paraît souhaitable, car non seulement il n'est jamais agréable de reconnaître publiquement ses ennuis, mais encore et surtout la transparence en portant atteinte au crédit du débiteur, risquant alors de compromettre son redressement.

La confidentialité apparaît alors comme le gage du succès. Toutefois, la situation est différente selon que le débiteur est seulement en situation difficile ou fait déjà l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.

Lorsque le débiteur est en situation difficile ou compromise, sans être en cessation des paiements, les mécanismes de prévention ou de règlement amiable instaurés par la loi du 1^{er} mars 1984 ne peuvent réussir que s'ils sont confidentiels.

Cela est vrai tout d'abord des procédures d'alerte déclenchées par le commissaire aux comptes ou le comité économique et social. Dans leur première phase, les procédures sont confidentielles puisque le comité économique et social alerte l'employeur et le commissaire aux comptes, le président du conseil d'administration. Les commissaires aux comptes ont d'ailleurs organisé une phase préalable, dite phase zéro, consistant en un entretien oral avec le président, ce qui respecte au maximum la confidentialité.

Malheureusement, la confidentialité s'estompe et disparaît au fur et à mesure que la procédure d'alerte suit son cours. La situation difficile est en effet portée à la connaissance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Des indiscretions risquent de filtrer, même si les personnes qui assistent aux réunions de ces collègues sont tenues à un devoir de confidentialité. A fortiori, si le commissaire saisit l'assemblée des actionnaires, l'alerte est connue de tous, sauf peut-être si la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne.

Néanmoins, comme une alerte déclenchée à tort nuit au crédit de l'entreprise, il serait souhaitable d'instaurer une procédure de contre-alerte qui permettrait de faire savoir publiquement et sans délai que la continuité de l'exploitation n'est pas compromise ou qu'il n'existe pas de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise⁶².

En revanche, l'alerte déclenchée par les associés ou par le président du tribunal n'entraîne pas les mêmes difficultés, car elle respecte la confidentialité. En effet, si un associé pose une question écrite à un dirigeant qui lui répond par écrit, les difficultés de la société restent ignorées du public. Il en va de même si le dirigeant ou le débiteur est convoqué par le président du tribunal car, même si la loi ne l'impose pas expressément, toutes les précautions sont prises pour que cette comparution soit discrète.

⁶² Paris, 9 mai 1989, Revue procédures collectives, 485, note Y.Chaput

La situation est moins satisfaisante s'agissant du règlement amiable. Deux situations peuvent se présenter : ou bien le règlement amiable n'est connu que du débiteur, du conciliateur et des créanciers qui ont consenti des délais ou des remises. Il est alors confidentiel mais d'une efficacité limitée, car reposant sur la bonne volonté des seuls créanciers qui y ont participé sans s'imposer aux autres qui restent libres de leurs poursuites. Ou bien le règlement amiable s'accompagne d'une suspension des poursuites, demandée par le conciliateur, ou d'une homologation accompagnée de délais de paiement, allant jusqu'à deux ans, imposés à tous les créanciers.

Le règlement amiable est alors par certains côtés plus efficaces, puisqu'il ne repose pas uniquement sur la bonne volonté des créanciers. Mais par d'autres côtés, il l'est moins car connu de tous, il porte atteinte au crédit de l'entreprise.

Par conséquent, s'agissant de la prévention proprement dite, la confidentialité paraît plus souhaitable que la transparence, avec cependant deux nuances. D'une part, les critères qui permettent de choisir les entreprises à redresser doivent être connus de tous. D'autre part, la confidentialité à l'échelon individuel doit tout de même permettre l'établissement de statistiques permettant de mesurer l'efficacité de ces mesures.

Cette confidentialité, qui est un impératif au stade extra-judiciaire, peut-elle se maintenir si l'entreprise, qui est en cessation des paiements, fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ? La réponse est nuancée.

Avant le prononcé du jugement d'ouverture, il est légitime que le débiteur puisse s'expliquer en la chambre du conseil, c'est-à-dire loin des oreilles indiscrètes (article 6 de la loi du 25 janvier 1985). Toutefois, on pourrait envisager de donner au débiteur la faculté d'être entendu s'il l'estime préférable, en audience publique, puisque la publicité des débats est garantie par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme⁶³.

L'ouverture de la procédure donne actuellement lieu à publicité, notamment par mention ou registre du commerce ou sur un registre spécial si le débiteur n'est pas immatriculé. Cette publicité est nécessaire pour rendre opposable aux tiers les restrictions de pouvoirs qui

⁶³ J.P. Vallens, Droit de la faillite et droits de l'homme, R.T.D Com. 1997, 567

atteignent le débiteur pendant la période d'observation. Elle s'impose d'autant plus que, depuis la loi du 25 janvier 1985, le dessaisissement du débiteur a une portée variable⁶⁴.

Certes, il serait concevable pour faciliter le redressement, que le jugement d'ouverture ne donne lieu à aucune publicité. Cette proposition, bien que séduisante a été envisagée lors de l'élaboration de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, paraît irréaliste⁶⁵.

D'une part, la sauvegarde des droits des créanciers ne serait pas assurée si les restrictions aux pouvoirs du débiteur ne se limitaient à des mesures de surveillance inopposables aux tiers. D'autre part, depuis la loi du 25 janvier 1985, l'ouverture d'une procédure collective ne porte plus atteinte au crédit du débiteur. Bien au contraire, le créancier est dans une situation préférable s'il traite après le jugement d'ouverture, car il bénéficie de la priorité. Au contraire, s'il conclut avant, il subit la suspension des poursuites et risque en outre, une annulation s'il a traité en période suspecte. Puisque le jugement d'ouverture restaure le crédit de l'entreprise, le débiteur a intérêt à ce qu'il fasse l'objet d'une large publicité.

Pendant la période d'observation, l'entreprise ne doit pas être livrée à la curiosité déplacée de ses concurrents. C'est à l'administrateur de prendre les précautions nécessaires pour que le secret des affaires soit respecté. Mais comme toute entreprise en redressement judiciaire est une entreprise bien souvent à vendre, il devra concilier la confidentialité et l'information nécessaire aux éventuels repreneurs.

Par conséquent, bien que la transparence en procédures collectives semble être de mise, et que ne rien cacher passe pour une qualité. Néanmoins, la discrétion, même si elle est souvent oubliée, demeure aussi une vertu. La confidentialité est donc souhaitable le plus possible pour que l'entreprise puisse être redressée, cela étant, on constate qu'elle n'est pas réellement absolue en la matière.

Par ailleurs et de surcroît, on note que cette protection absolue du secret des affaires colore le principe même de liberté d'expression. En effet, la liberté d'expression et plus particulièrement la liberté de la presse faisant l'objet d'une défense bien souvent accrue, a subi un renversement de position par la Cour de Cassation, en privilégiant non pas la divulgation des informations, mais plutôt la confidentialité.

⁶⁴ Y. Guyon, Droit des affaires, t. II, n°1213

⁶⁵ E. Thaller, Droit commercial, 5^{ème} édition, n°1756, Paris 1916

§3. Une obligation de confidentialité primant sur la liberté de la presse

La liberté d'expression étant défendue par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, elle ne relève pas d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, de sorte qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur une disposition législative transposant le texte européen⁶⁶.

A ce titre, la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires inquiète toutes les rédactions françaises, car selon la lecture journalistique la plus anxiogène, cette loi est considérée comme une arme juridique destinée à dissuader les journalistes d'investigation d'enquêter sur les agissements des sociétés, particulièrement des multinationales, même en présence d'un débat d'intérêt majeur.

A contrario, les défenseurs du texte mettent en avant qu'il s'agit d'une transcription en droit national d'une directive européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées destinée à défendre du pillage la technologie et le savoir-faire européen et français, et que le droit public à être informé par les journalistes a été pris en considération dans la directive.

A cet égard, les deux notions liberté de la presse et secret des affaires ont fait l'objet d'une question priorité de constitutionnalité en date du 4 octobre 2018⁶⁷, qui s'est traduite par la victoire du secret des affaires, car la Cour a estimé que : « si l'article L.611-15 du Code de commerce ne précise pas expressément que des organes de presse peuvent engager leur responsabilité civile en diffusant des informations couvertes par la confidentialité qu'il institue à l'égard des procédures de conciliation ou des mandats ad hoc, il n'en résulte pas pour autant que le législateur ait méconnu sa compétence faute de limiter les sanctions pouvant être prononcées à cette occasion, dès lors que cette confidentialité, qui cède lorsque la diffusion de telles informations contribue à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général, se justifie par la nécessaire protection due aux entreprises engagées dans un processus de négociation avec leurs créanciers, une telle divulgation étant de nature à compromettre le succès du processus en cours, voire la pérennité de l'entreprise, et la condamnation à indemnisation qui pourrait être prononcée par le juge, en ce cas, est nécessairement proportionnée, car limitée, en vertu du principe de réparation intégrale du

⁶⁶ Conseil Constitutionnel, 26 juillet 2018, n°2018-768 DC

⁶⁷ Cass.com. QPC, 4 octobre 2018, n°18-10688, Sté Mergermarket Limited c/ Sté Consolis

dommage, au préjudice que cette divulgation aura provoqué, qui devra faire l'objet d'une démonstration concrète et que l'organe de presse est en mesure d'apprécier avant de s'y livrer ».

C'est ainsi, que l'affaire Consolis⁶⁸ a connu un long parcours judiciaire, qui s'est achevé par deux arrêts récents du 13 février et 13 juin 2019, qui ont été précédés dans la même affaire par une question prioritaire de constitutionnalité (cf. supra).

Les deux arrêts précités apportent alors une précision concernant la limite à l'obligation de confidentialité tenant à l'existence d'un motif légitime d'informer le public sur un débat d'intérêt général.

La Cour de Cassation précise à cet égard que « la question de la résistance des opérations d'achat avec effet de levier (LBO) à la crise et les difficultés que des sociétés ainsi financées peuvent connaître relève d'un débat d'intérêt général » et elle mentionne que plusieurs journaux avaient diffusé des informations générales portant sur l'existence des procédures en cours.

Il apparaît ainsi, que la Cour de Cassation admet la diffusion d'informations sur l'existence de procédures pourtant confidentielles. Il s'agit bien là d'une concession à la liberté de la presse⁶⁹.

La Cour d'appel de Paris⁷⁰ saisie de la même question dans une autre affaire, a estimé que contribuait à un débat d'intérêt général l'information du grand public sur le placement sous mandat ad hoc des sociétés d'un groupe, « acteur majeur de l'équipement de la maison en Europe et qui emploient 9 000 personnes en France ». Toutefois, la Cour de Cassation exclut quant à elle, la diffusion d'informations précises et chiffrées sur l'état d'avancement des négociations et leur contenu contribue à un débat d'intérêt général, de telles informations n'intéressant pas le public en général, mais les cocontractants et partenaires de ces sociétés en recherche de protection.

Par conséquent, la divulgation par organe de presse spécialisé dans l'affaire Consolis constitue ainsi une faute, obligeant celui-ci à réparation du préjudice subi, ce que ce dernier ne pouvait ignorer, la sanction étant fondée sur les règles de la responsabilité civile. Le préjudice

⁶⁸ Cass.com. 15 décembre 2015, n°14-11.500, Consolis Denmark c/ Mergermarket Limited

⁶⁹ Francine Macorig-Venier, Obligation de confidentialité et liberté de la presse, RTD Com. p. 978

⁷⁰ Paris 6 juin 2019, n°18.03-063

consiste à avoir diminué les chances de succès de la procédure et risqué d'en compromettre le bon déroulement.

De la sorte, on constate que la Cour de Cassation fait un choix très affirmé, en privilégiant la confidentialité pour le bon déroulement de la procédure au détriment de la liberté d'expression de la presse. Ainsi, la protection du secret des affaires, notamment en procédure collective fait l'objet d'une protection quasi absolue, sauf s'il existe un motif légitime d'informer le public sur un débat d'intérêt général.

Cela étant, le secret des affaires n'est pas toujours protégé de manière optimale. Il fait souvent l'objet d'un partage, tel est le cas notamment en droit du travail, mais aussi, il nécessite parfois quelques aménagements ou plus de transparence vis-à-vis des tiers.

Section 2. Une protection relative du secret des affaires

En raison de sa valeur économique pour l'entreprise, la protection du secret des affaires conserve encore une place non négligeable, malgré l'extension du droit à l'information. Et si le droit du travail, à l'instar de l'ensemble du droit est résolument tourné vers l'information et la transparence, il n'ignore pas la protection du secret des affaires dans les rapports entre l'entreprise et ses salariés (§1). Cette volonté de transparence apparaît aussi en procédures collectives, car il en va de l'intérêt des créanciers (§2). De plus, le secret en droit bancaire tente lui aussi, de se diriger vers un assouplissement (§3).

§1. Le secret des affaires partagé et sauvegardé en droit du travail

L'évolution du droit à l'information des salariés vers un droit de la participation à la gestion de l'entreprise postule pour une certaine transparence (A). Toutefois, l'intérêt de l'entreprise suppose de mettre à l'abri de la curiosité des concurrents un certain nombre d'informations vitales. Aussi, le droit à l'information des salariés sur la vie de leur entreprise trouve des limites légitimes dans le secret des affaires (B).

A. La transparence et l'accès au secret de l'entreprise par les représentants des salariés

Un secret généralisé des affaires serait contraire aux nécessités actuelles de l'information et de la transparence qui participent par ailleurs d'une exigence éthique. Un auteur a ainsi écrit

que le secret des affaires est, dans une certaine mesure, « condamné par l'évolution des mœurs et des structures économiques »⁷¹.

En effet, s'il est incontestable que le développement de l'information et l'exigence de transparence sont de nature à réduire le domaine du secret comme peau de chagrin, une trop grande culture du secret « réduirait, voire supprimerait, l'information économique »⁷².

Ce sont les exigences d'informations du public, des citoyens, des actionnaires et autres investisseurs, des salariés, des contractants et des tiers qui imposent la transparence économique et financière. En la matière, la transparence se rattache essentiellement à la protection des intérêts de la collectivité des travailleurs, étant entendu que celle-ci est intéressée à être informée des affaires qui la concernent.

A ce titre, le législateur semble considérer que, même si le salarié est de moins en moins transparent pour l'entreprise, celle-ci en revanche doit être de plus en plus transparente pour ses salariés.

Pour le législateur, dans ses rapports avec ses salariés, l'entreprise a une obligation de transparence à l'égard de ceux-ci, en particulier sur la marche des affaires du groupement. Afin d'assurer l'effectivité de la participation à la gestion de l'entreprise, la loi va obliger les entreprises à plus de transparence, paraissant ainsi a priori limiter sérieusement le secret des affaires. Le législateur a multiplié ces dernières années les obligations d'information en matière sociale, économique et financière à la charge des entreprises. Et au premier rang des bénéficiaires de cette information figurent les actionnaires et surtout les salariés⁷³.

En réalité, l'extension du droit à l'information des salariés sur la vie de l'entreprise ne constitue pas véritablement une atteinte au secret des affaires, mais un partage finalisé de ce secret en vue d'assurer l'effectivité du droit des salariés. La loi entend associer de plus en plus les salariés à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants, c'est-à-dire le comité économique et social. Et l'accès des salariés aux informations intéressant la vie de leur entreprise est assurément le premier degré du pouvoir de participation à la gestion de l'entreprise.

⁷¹ R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Dalloz 1959, p. 161

⁷² R. Saint-Alary, Le secret des affaires en droit français, Travaux association Henri Capitant, t. XV, 1974, p.263

⁷³ Loi n°2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE)

Par ailleurs, le comité économique et social est désormais un partenaire incontournable de l'assemblée générale de la société anonyme, il dispose d'un droit d'intervention à l'occasion d'annonces publiques, lors d'opérations de concentration ou d'offres publiques et les membres du comité économique et social participent au conseil d'administration (article L.225-37 alinéa 5 du Code de commerce). La participation à la gestion apparaît également dans l'exercice par le comité de ses attributions en matière économique et lorsqu'il exerce ses prérogatives dans le cadre des procédures collectives et de la procédure d'alerte.

Or, un droit à la participation se concile mal avec un secret des affaires très étendu. Le législateur a alors entendu créer les conditions qui permettent de rassurer les employeurs sur la confidentialité de certaines informations relatives à la vie de l'entreprise.

Ainsi, tout en permettant l'accès du comité économique et social aux informations couvertes par le secret des affaires, le législateur l'a assorti d'une obligation de secret renforcée à la charge des bénéficiaires de ces informations et de leurs collaborateurs. Aussi, la loi déclare expressément que certaines informations sont considérées comme confidentielles, ou que celles qui ne sont pas directement visées par la loi pourraient être déclarées confidentielles par le chef d'entreprise.

De même, la protection des secrets de l'entreprise impose que certaines informations communiquées aux représentants du personnel demeurent un secret partagé et qu'elles ne puissent pas alors être divulguées aux autres membres du personnel. Il est donc permis d'affirmer qu'en réalité la communication d'informations confidentielles aux représentants du personnel, loin de porter atteinte au secret des affaires, aboutit simplement à un partage de ce secret, puisque les représentants du personnel, ont ainsi la qualité de confidents nécessaires, sont tenus au secret professionnel et à l'obligation de confidentialité pour un certain nombre de ces informations.

B. L'interdiction de divulguer et les limites à l'obligation de confidentialité

Aux termes de l'article L.1231-1 du Code de travail, les salariés qui, dans le cadre de leurs activités, accèdent à des informations confidentielles de l'entreprise, en particulier les secrets de fabrication, sont tenus de ne pas les révéler.

La protection du secret de l'entreprise interdit ainsi au salarié de communiquer les informations confidentielles qu'il détient à toute autre personne, fût-elle membre de l'entreprise, à moins qu'il n'y soit autorisé par le chef d'entreprise.

De même, l'obligation générale de loyauté et de discrétion et, le cas échéant, les clauses de non-concurrence imposent également aux salariés de ne pas divulguer les secrets de l'entreprise dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Mais si le salarié ordinaire doit garder le silence sur des informations secrètes, les représentants du personnel doivent rendre compte de leurs missions à leurs mandants.

Or, il est des informations que l'employeur ne souhaite pas voir divulguer auprès du personnel, par crainte de fuites hors de l'entreprise. En raison du risque fatal que constituerait une éventuelle divulgation de telles informations, et pour rassurer les employeurs, la loi a réputé certaines informations confidentielles, et a soumis à une obligation stricte de secret professionnel les salariés mis dans la confiance.

Par ailleurs, l'obligation de confidentialité de l'article L.2143-21 du Code du travail suppose, d'une part, que l'information a objectivement un caractère confidentiel et, d'autre part, qu'elle a été déclarée comme telle par le chef d'entreprise. Selon la doctrine, il faut que la divulgation d'information soit de nature à nuire à l'intérêt de l'entreprise.

Cependant, il convient d'opérer une distinction entre les informations confidentielles par nature et celles pour lesquelles la loi laisse le caractère confidentiel à l'appréciation du chef d'entreprise. En effet, dès lors que la loi attribue une confidentialité par nature à certaines informations, il ne semble plus possible d'autoriser une diffusion quelconque, en recherchant si cette divulgation est ou non susceptible de nuire à l'intérêt de l'entreprise. Le caractère objectivement confidentiel supprime toute possibilité d'appréciation de la part des représentants du personnel, voire même du juge.

La loi établit ici une présomption de confidentialité. C'est aussi la raison pour laquelle le chef d'entreprise n'est pas tenu de déclarer expressément que ces informations sont confidentielles, la loi l'en dispense. C'est donc à celui qui allègue le caractère non confidentiel de le prouver.

Les seules possibilités d'échapper à la sanction en cas de divulgation seraient, soit de démontrer que les informations divulguées n'entraient pas dans la catégorie des informations confidentielles par nature au titre de l'article L.2323-9 et L.2323-78 du Code du travail, soit de prouver que ces informations ne revêtaient plus un caractère confidentiel en raison de leur notoriété publique, ou que le chef d'entreprise a renoncé à la confidentialité que la loi attache à ces informations.

En outre, après la cessation de leur contrat de travail, les salariés peuvent encore être tenus individuellement d'une obligation au secret par rapport à des procédés et informations confidentiels auxquels ils auraient eu accès, à quelque titre que ce soit, pendant l'exécution du contrat ou, plus généralement, pendant leur appartenance antérieure à l'entreprise⁷⁴. Les obligations de discrétion et de loyauté imposées au salarié pendant l'exécution du contrat, de même que l'obligation de non-concurrence, de secret ou de confidentialité à l'expiration du contrat n'ont pas toujours exclusivement pour objet ou pour effet d'éviter une concurrence déloyale des salariés à l'égard de leur employeur ou ancien employeur.

Elles ont également pour objectif, dans certains cas, d'assurer la protection du secret des affaires, voire des informations sensibles qui ne présentent pas nécessairement un caractère confidentiel au sens de la loi. Et dès lors que ces clauses de non-concurrence, de secret ou de confidentialité sont indispensables pour la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et qu'elles remplissent les autres conditions posées par la jurisprudence⁷⁵, le salarié doit les respecter, à peine d'engager sa responsabilité civile.

Bien que le secret des affaires oblige le salarié à garder confidentielles certaines informations recueillies dans l'exercice de ses fonctions, la question peut se poser de savoir si de telles informations peuvent être utilisées dans un procès opposant le salarié à son employeur. On doit d'abord considérer que si par exemple les informations protégées par une clause de secret venaient à tomber dans le domaine public, le débiteur du secret se trouverait de ce fait automatiquement libéré de son obligation, la clause ne présentant plus aucune utilité pour la protection du secret des affaires.

En outre, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à l'employeur, les informations dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions⁷⁶.

Mais peut-il également produire en justice des informations confidentielles de l'entreprise venues à sa connaissance à l'occasion de l'exécution du contrat de travail ou d'un mandat représentatif ? A priori, la Chambre sociale ne semble pas distinguer selon que les informations ainsi produites sont ou non protégées par le secret des affaires. Il en résulte donc que le salarié qui, à l'occasion de son activité professionnelle ou du mandat représentatif dans

⁷⁴ Ch. Gavalda, Le secret des affaires, Dalloz 1965, p.312

⁷⁵ Pour les clauses de non-concurrence, trois arrêts de Cass.soc. 10 juillet 2002, Sté Cargo International, SA La Mondiale, SA Maine Agri : Semaine sociale Lamy, 2002, n°1085, p.9

⁷⁶ Cass.soc. 2 décembre 1998 : Bulletin civil V, n°535

l'entreprise, détient des informations confidentielles peut les produire en justice dans le cadre d'un litige l'opposant à son employeur.

La cour d'appel de Paris en a ainsi décidé, en estimant que « la production en justice d'informations, même confidentielles détenues par un salarié dans le cadre de ses fonctions ou obtenues auprès de collègues de travail, à l'occasion d'un litige l'opposant à son employeur, n'est pas détachable de l'exercice normal des droits de la défense, dès lors que ces informations ne sont pas étrangères à la contestation portée devant la juridiction prud'homale⁷⁷.

Par conséquent, la protection du secret des affaires peut être malmenée par le droit du travail, mais celui-ci tente tout de même de le préserver au maximum.

Par ailleurs, la procédure collective doit elle aussi trouver un équilibre entre transparence et opacité pour protéger au mieux les entreprises. Toutefois, on constate que la transparence est de rigueur en la matière dans l'intérêt des créanciers.

§2. La transparence plus conforme à l'intérêt des créanciers en procédure collective

Le paiement des créanciers reste l'un des objectifs de la procédure collective, même si la loi du 25 janvier 1985 le fait passer au second, voire au troisième plan. En effet, si la procédure est collective et non individuelle, c'est parce que la loi a voulu que le paiement respecte l'égalité des créanciers⁷⁸. Or, l'égalité repose sur des comparaisons. Elle postule que les créanciers ne doivent rien cacher et que l'on ne doit rien cacher aux créanciers.

La transparence paraît alors souhaitable et omniprésente. De la sorte, tous les créanciers qui participent à la procédure, et cela avant même d'avoir été admis. Le seul fait de demander un paiement, en déclarant une créance, voire d'exercer un droit quelconque contre le débiteur, donne vocation à une information, que l'on souhaite aussi large que possible.

Toutefois, tous les créanciers ne vont pas bénéficier de la transparence. La loi elle-même, surtout depuis la réforme du 10 juin 1994, a prévu que certains sont mieux informés que d'autres. Ce sont les créanciers contrôleurs qui doivent être informés et consultés lors des principales étapes de la procédure⁷⁹. Ces contrôleurs vont ainsi bénéficier d'informations privilégiées sur les éventuelles offres de reprise. En contrepartie, il serait souhaitable de leur

⁷⁷ CA Paris, 22^{ème} chambre B, 24 avril 2001

⁷⁸ F. Pollaud-Dulian, Le principe d'égalité dans les procédures collectives, JCP, 1998, I, 138).

⁷⁹ Y. Guyon, Droit des affaires, t., II, 6^{ème} édition, n°1166

interdire de disposer eux-mêmes de telles offres, car ils ne seraient pas en situation égale par rapport à d'autres repreneurs potentiels.

Les créanciers n'ont pas toujours des intérêts communs en ce qui concerne le déroulement de la procédure. Par exemple, ce ne sont pas les mêmes informations qui intéressent les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs, bénéficiaires de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. Les premiers souhaitent connaître la situation financière du débiteur au jour du jugement d'ouverture. Au contraire, les créanciers postérieurs sont surtout intéressés par ce qui s'est passé après le jugement d'ouverture afin de savoir si l'administrateur judiciaire sera en mesure de les payer à l'échéance, comme le prévoit l'article 40.

Par conséquent, même si l'information peut être modulée, elle demeure pour l'essentiel un droit dont tous les créanciers doivent jouir de manière égale. Il est donc légitime que les créanciers puissent s'informer auprès du juge-commissaire, de l'administrateur et du mandataire.

De plus, l'impression d'opacité, sinon le secret, est renforcée par le fait que beaucoup de créanciers ne connaissent pas les étapes de la procédure, ce qui les conduit à une attitude de soupçon généralisé. Ainsi, c'est aux professionnels de la procédure de faire un effort pour informer spontanément les créanciers et surtout pour répondre aux questions qu'ils peuvent légitimement leur poser.

Par ailleurs, des exceptions au secret bancaire tendent à se multiplier. Les causes de cette inflation sont diverses : parmi celles-ci, on peut notamment relever le contrôle des autorités administratives sur les établissements de crédit, les contrôles exercés sur les clients, la coopération interne entre les diverses autorités financières ainsi que la coopération européenne.

§3. Des assouplissements possibles au secret bancaire

En raison du fondement du secret bancaire, à savoir la protection de la clientèle, ces dérogations sont d'interprétation stricte.

Sans prétendre être exhaustif⁸⁰, nous pouvons en donner des exemples en les classant en deux catégories selon qu'elles sont directes ou indirectes.

⁸⁰ B. Bouloc, Les limites du secret bancaire, Mél. AEDBF-France, 1997, Banque éditeur, p.71

La catégorie des dérogations directes regroupe des cas où le secret bancaire ne peut pas être opposé par les établissements de crédit. Ainsi, selon l'article L.511-33 I alinéa 2 du Code monétaire et financier, « outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale⁸¹, ni aux commissions d'enquête créées en application de l'article 6 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ».

Le secret bancaire ne peut être opposé à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, cela implique que les dirigeants et les employés d'un établissement de crédit doivent témoigner devant les juridictions répressives et communiquer les documents qui sont demandés. Cette solution ne peut toutefois s'étendre aux juridictions civiles et commerciales, dans la mesure où l'article précité ne vise que les instances pénales.

Des textes particuliers peuvent cependant venir déroger à cette dernière règle. C'est ainsi par exemple que l'article L.623-2 du Code de commerce prévoit que les établissements de crédit ne peuvent opposer au juge-commissaire le secret bancaire. De même, l'article L.152-2 du Code des procédures civiles d'exécution décide que le procureur de la république peut demander aux établissements de crédit « si un ou plusieurs comptes, comptes joints ou fusionnés sont ouverts au nom du débiteur ainsi que le ou les lieux où sont tenus le ou les comptes, à l'exclusion de tout autre renseignement, sans pouvoir opposer le secret professionnel ».

Le second groupe est composé des dérogations indirectes au secret bancaire. Il comprend les cas où des personnes auxquelles le secret bancaire n'est pas opposable sont autorisées à communiquer les informations dont elles ont eu connaissance. En principe ces personnes sont elles-mêmes tenues au secret professionnel. Toutefois, le Code monétaire et financier prévoit des cas où une communication pourra avoir lieu.

A titre d'exemple⁸², peut être citée la disposition concernant les personnes qui participent aux travaux de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) : le secret professionnel, auquel ces personnes sont tenues n'est pas opposable à l'autorité judiciaire

⁸¹ V. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire face au juge pénal en droit français, Revue Lamy droit des affaires, mai 2010, 64.

⁸² Sur la levée du secret bancaire pour faciliter la surveillance des groupes bancaires et financiers dont les membres sont établis dans plusieurs Etats de l'Espace économique européen, article L.511-34 du Code monétaire et financier.

agissant dans le cadre, soit d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'une personne soumise au contrôle de l'ACPR, soit d'une procédure pénale.

A contre-courant de l'hyper transparence prônée dans la vie des affaires, le décret d'application n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires permet aux entreprises de se protéger contre une appropriation illicite de leur savoir-faire ou de leurs informations commerciales et technologiques.

Pour ces entreprises, savoir-faire et informations ont une valeur patrimoniale qui leur procure un avantage concurrentiel inestimable, gage de leur compétitivité et de leur croissance, mais objet de convoitise.

Ainsi, la préservation du secret des affaires est une préoccupation centrale en droit français depuis la transposition de la directive européenne.

Partie 2. La préservation du secret des affaires

Bien que le secret des affaires ne fasse pas l'objet d'une protection par un droit exclusif, il est un outil non négligeable de protection des innovations, et plus globalement des données de l'entreprise et peut être utilisé dans différentes situations liées à un choix ou à l'absence de possibilité de protection par un droit de propriété intellectuelle. Ainsi, la constitution d'un savoir-faire peut résulter du choix de ne pas protéger par brevet, pour privilégier le secret, mais aussi de l'absence des conditions permettant une telle protection. Le secret des affaires fait donc partie des actifs immatériels de l'entreprise en complément des droits de propriété intellectuelle.

De la sorte, il conviendra de voir dans notre étude une réelle volonté de généralisation du régime de protection du secret des affaires (Chapitre 1^{er}), pour enfin s'intéresser à des matières plus précises, prévoyant déjà un tel système de protection (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une volonté de généralisation du régime de protection du secret des affaires

Le secret des affaires permet ainsi aux entreprises de préserver la confidentialité d'informations qui ne peuvent pas bénéficier de la protection du droit de la propriété intellectuelle et qui sont néanmoins importantes pour maintenir leur compétitivité.

Pour le garde des Sceaux, « la protection du secret des affaires est essentielle pour le développement de l'innovation et le maintien des avantages concurrentiels de nos entreprises. C'est un élément puissant d'attractivité de notre droit, partant de notre économie »⁸³.

A ce titre, il convient de voir l'instauration d'un régime général de protection du secret des affaires (section 1^{ère}), afin de voir que celui-ci, permet la défense du secret des affaires dans le cadre d'une instance judiciaire ou d'actions en justice (section 2).

Section 1. L'instauration d'un régime général de protection du secret des affaires

Pour que le secret des affaires soit protégé, il est nécessaire de savoir qu'elles sont les informations couvertes par le secret (§1), de même, en cas d'absence d'accord du détenteur

⁸³ Débat Assemblée Nationale en date du 28 mars 2018

légitime des sanctions pourront être envisagées (§2), toutefois, des exceptions concernant la protection du secret des affaires pourront être envisagés (§3).

§1. L'information couverte par le secret des affaires

Pour être protégée par le secret des affaires, une information devra répondre aux critères suivants⁸⁴, qui sont ceux posés par l'article 2, I de la directive européenne de 2016, à savoir que l'information n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; et elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.

Pour être protégée, on constate que l'information doit avoir une valeur commerciale. Il résulte de ce texte que l'objet de l'information sera en soi sans incidence⁸⁵. Il pourra s'agir notamment de connaissances technologiques, de savoir-faire ou encore de données commerciales relatives aux clients, aux fournisseurs, aux coûts, d'études et de stratégies de marché qui satisferont aux critères précités.

Le support de l'information sera également indifférent. Cela étant, l'information doit être secrète. Ne sont donc pas protégées par le secret des affaires les informations qui sont publiques ou qui sont connues dans le domaine professionnel concerné.

En outre, l'information devra avoir été protégée par son détenteur. Il incombera aux tribunaux de fixer au cas par cas le niveau et la nature de la protection raisonnablement déployée par l'entreprise qui entend bénéficier du secret des affaires. Quoiqu'il en soit, les entreprises ont intérêt à insérer dans les contrats qu'elles concluent avec leurs salariés et partenaires des clauses de confidentialité pour les informations qu'elles échangent avec eux.

Aux termes de la directive 2016/943, les informations devraient être considérées comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa

⁸⁴ Article L.151-1 du code de commerce

⁸⁵ Directive UE 2016/943 considérant 14

capacité concurrentielle. La valeur est donc appréciée au regard de l'entreprise qui en est légitimement détentrice.

Selon P. Berlioz, une information a une valeur dès lors qu'elle est, directement ou indirectement, source de gains ou d'économies ; tel est le cas d'une information qu'une entreprise a obtenu en exposant des frais et dont l'utilisation par une autre entreprise permettrait à celle-ci d'économiser ces frais⁸⁶.

Ainsi, la loi définit le détenteur légitime d'un secret des affaires, comme étant celui qui en a le contrôle de façon licite⁸⁷. Est donc visé le détenteur initial mais aussi toutes les personnes contractuellement autorisées à le connaître, par exemple dans le cadre d'une communication de savoir-faire⁸⁸.

Par conséquent, l'obtention d'un secret des affaires sera licite lorsqu'elle résulte, d'une part, d'une découverte ou d'une création indépendante ou, d'autre part, d'un procédé d'ingénierie inverse, c'est-à-dire de l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui aura été mis à la disposition du public ou qui sera de façon licite en possession de la personne qui obtiendra l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret⁸⁹.

§2. La nécessité d'une autorisation pour l'obtention, la divulgation et l'utilisation du secret

C'est ainsi, que la loi nouvelle en la matière, précise les comportements qui, en l'absence d'accord du détenteur légitime de l'information, seront susceptibles d'être sanctionnés au titre du secret des affaires.

Ces comportements, définis en termes très généraux, ne seront pas cantonnés aux seules hypothèses d'espionnage industriel, de concurrence déloyale entre entreprises ou de divulgation médiatique.

⁸⁶ P. Berlioz, Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée : RDC 2015 p. 124 s.

⁸⁷ Article L.151-2 du Code de commerce

⁸⁸ Rapport Assemblée nationale n°777 relatif à la loi 2018-670

⁸⁹ Article L.151-3 du Code de commerce

Comme l'a souligné M. Frassa, rapporteur devant le Sénat, une atteinte au secret des affaires peut émaner d'une personne qui n'est pas une entreprise sans pour autant être un journaliste, un syndicaliste ou un lanceur d'alerte⁹⁰.

Si bien que, l'obtention d'un secret des affaires sera illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte⁹¹ d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale.

Comme en matière de concurrence déloyale⁹², la seule appropriation d'informations confidentielles est sanctionnée, même si celles-ci n'ont pas été utilisées.

Par ailleurs, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite, lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions illicites ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation⁹³.

La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite⁹⁴.

En outre, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite⁹⁵.

⁹⁰ Débat Sénat du 19 avril 2018 relatif à la loi 2018-670

⁹¹ Article L. 151-4 du Code de commerce

⁹² Cass.com. 8 février 2017, n°15-14.846, RJD A 7/17 n°516

⁹³ Article L.151-5 alinéa 1 du Code de commerce

⁹⁴ Article L.151-5 alinéa 2 du Code de commerce

⁹⁵ Article L.151-6 du Code de commerce

Ce dispositif se révèle avoir une portée très générale et imprécise. On se demande alors qui est considéré comme l'auteur d'une atteinte au secret ?

Seulement la « personne » qui ne pouvait ignorer qu'il existait une telle atteinte ou aussi celle qui l'ignorait mais qui a obtenu, utilisé ou divulgué le secret, après l'avoir obtenu d'une personne qui connaissait le caractère illicite de son obtention ?

L'ambiguïté est renforcée par l'article L.152-5 nouveau du Code de commerce, qui prévoit un aménagement des sanctions au profit de la personne qui ne savait pas que le secret des affaires a été obtenu de manière illicite. Certains auteurs ont estimé que ce dernier texte introduisait un cas de responsabilité de plein droit, au mépris des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » dégagés par le Conseil constitutionnel⁹⁶.

§3. Les aménagements inévitables de la protection du secret

Ainsi, le secret des affaires ne sera pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret sera requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives⁹⁷.

Par exemple, le règlement européen 1206/2001 du 28 mai 2001 ainsi que la Convention du 18 mars 1970 imposent une certaine coopération entre les juridictions des Etats membres de l'Union européenne en ce qui concerne l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

De plus, la loi précise les cas dans lesquels le secret des affaires ne sera pas opposable lors d'une instance relative à ce secret. Tel sera donc le cas lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de l'information protégée sera intervenue⁹⁸ (C. com. art. L 151-8), soit pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; soit pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi 2016-1691 du 9

⁹⁶ X. Marchand et A. Delagrangé, Les innovations malheureuses de la loi sur le secret des affaires : la responsabilité de plein droit : www.lemondedudroit.fr

⁹⁷ Article L.151-7 du Code de commerce

⁹⁸ Article L.151-8 du code de commerce

décembre 2016 (Sapin II) ; ou bien encore pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Par ailleurs, le secret des affaires ne sera pas opposable aux salariés et aux représentants, lorsqu'ils auront obtenu l'information protégée dans le cadre de leur droit d'être informés ou consultés. Il en sera de même lorsque des salariés auront divulgué une information protégée à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice⁹⁹. L'article L.151-9 du Code de commerce précise en outre que l'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée par le secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance.

C'est pourquoi, toute atteinte au secret des affaires telle qu'exposée (cf. supra) engagera la responsabilité civile de son auteur, en ce sens article L.152-1 du code de commerce. Ce rappel du principe de responsabilité, juridiquement inutile du fait de l'application du droit commun de la responsabilité, contribue à la clarté de la loi¹⁰⁰.

Section 2. La défense du secret des affaires dans le cadre d'une instance judiciaire ou d'actions

De la sorte, la perspective qu'un secret des affaires perde son caractère confidentiel pendant une procédure judiciaire décourage souvent les détenteurs légitimes du secret des affaires d'engager des procédures judiciaires pour défendre leurs secrets d'affaires.

Les nouveaux articles du code de commerce¹⁰¹ envisagent à cet égard diverses mesures permettant de protéger durant la procédure judiciaire le caractère confidentiel du secret des affaires, le juge devant prendre en compte la valeur du secret des affaires, la gravité du comportement ayant débouché sur l'obtention et l'utilisation qui en a été faite.

A cette fin, il conviendra de voir dans un premier temps les actions en préservation, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret (§1^{er}), puis de constater la volonté de préservation du secret des affaires dans le cadre d'une instance judiciaire (§2).

⁹⁹ Article L. 151-9 du Code de commerce

¹⁰⁰ Rapport Sénat n°419 relatif à la loi 2018-670

¹⁰¹ Articles R. 153-1 à 153-10 du Code de commerce

§1. Les actions en préservation, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret

Un impératif de rapidité et d'efficacité dans la prise de mesures préventives s'impose lorsqu'on souhaite éviter la divulgation d'un secret d'affaires, compte tenu des conséquences économiques et financières potentiellement graves que cette divulgation pourrait engendrer.

Il convient de voir tout d'abord la prononciation de mesures préventives par le juge (A), pour ensuite voir l'indemnité qui est prévu remplaçant les mesures préventives (B), ainsi que l'indemnisation de la victime d'atteinte au secret (C).

A. La prononciation de mesures préventives par le juge

Dans le cadre d'une action relative à la prévention ou la cessation d'une atteinte à un secret des affaires, le juge pourra prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser l'atteinte à un secret des affaires, notamment¹⁰² interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation du secret ; interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins ; et ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, ordonner leur remise totale ou partielle au demandeur.

Les produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires pourront être rappelés des circuits commerciaux, afin d'être modifiés, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée¹⁰³. Toutes ces mesures sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte, sauf circonstances exceptionnelles¹⁰⁴.

Ainsi, l'auteur de l'atteinte pourra demander qu'il soit mis fin à ces mesures lorsque l'information concernée ne pourra plus être qualifiée de secret des affaires pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui¹⁰⁵. Autrement dit, l'auteur de l'atteinte ne pourra pas invoquer le caractère public d'une information qu'il a lui-même illicitement divulguée.

¹⁰² Article L.152-3, I du Code de commerce

¹⁰³ Article L.152-3, II du Code de commerce

¹⁰⁴ Article L.152-3, IV alinéa 1^{er} du Code de commerce

¹⁰⁵ Article L.151-3, IV alinéa 2 du Code de commerce

De plus, pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge pourra aussi, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires dont les modalités seront déterminées par décret¹⁰⁶.

Selon les débats parlementaires relatifs à la loi nouvelle, pourront ainsi être mises en place des mesures probatoires spécifiques à la protection du secret des affaires, par analogie avec la mesure de saisie-contrefaçon en droit de la propriété industrielle¹⁰⁷.

B. Une indemnité substituant les mesures préventives

De ce fait, l'auteur de l'atteinte pourra demander au juge d'ordonner, à la place des mesures précitées, le versement d'une indemnité à la victime mais seulement si les conditions suivantes sont réunies¹⁰⁸, à savoir si au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ; si l'exécution des mesures causerait à cet auteur un dommage disproportionné ; et si le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Puis, lorsque l'indemnité est substituée, son montant ne pourra pas être supérieur à celui des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret des affaires aurait pu être interdite¹⁰⁹. Cette indemnité peut donc se substituer partiellement aux dommages-intérêts éventuellement dus à la victime.

C. L'indemnisation de la victime d'une atteinte au secret des affaires

Ainsi, la loi fixe les modalités d'évaluation par le juge de l'indemnisation d'une atteinte au secret des affaires. Pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, le juge devra prendre en considération, de manière distincte¹¹⁰: les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ; le préjudice moral causé à la partie lésée ; et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires,

¹⁰⁶ Article L.152-4 du Code de commerce

¹⁰⁷ Rapport Sénat n° 419 relatif à la loi 2018-670

¹⁰⁸ Article L.152-5 du Code de commerce

¹⁰⁹ Article L.152-5 alinéa 5 du Code de Commerce

¹¹⁰ Article L.152-6 du Code de commerce

y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retiré de l'atteinte.

Toutefois, selon les débats parlementaires, la référence au « préjudice effectivement subi » tend à écarter une éventuelle pratique de « dommages-intérêts punitifs » d'un montant supérieur à celui du préjudice, telle qu'elle a été développée aux Etats-Unis¹¹¹. La précision paraît néanmoins inutile, compte tenu des principes régissant la responsabilité civile en France (exigence d'un préjudice actuel et certain ; réparation intégrale du préjudice sans bénéfice pour la partie qui a subi le préjudice).

Le juge pourra donc, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tiendra notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question¹¹². Cette somme ne sera pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.

De surcroît, le caractère confidentiel perdure lors de l'instance.

§2. La confidentialité lors de l'instance

Lors de l'instance en justice, les pouvoirs du juge sont plus importants (A), et les parties au procès sont également tenues à une obligation de confidentialité (B).

A. Les larges pouvoirs du juge

C'est ainsi que la loi vise l'hypothèse dans laquelle, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires.

Le juge pourra donc, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut pas être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense¹¹³: prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou

¹¹¹ Rapport Sénat n° 419 relatif à la loi 2018-670

¹¹² Article L.152-6 alinéa 5 du Code de Commerce

¹¹³ Article L.153-1 du Code de commerce

la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer l'une des mesures de protection ci-après ; décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ; décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ; et adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

Par conséquent, le respect du secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à une mesure d'instruction sollicitée avant un procès¹¹⁴, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les sollicite¹¹⁵. La mesure ordonnée doit être ainsi proportionnée au but poursuivi et aux intérêts antinomiques en présence¹¹⁶.

Un dispositif similaire à celui du nouvel article L.153-1 du Code de commerce a été introduit pour les instances en réparation d'une pratique anticoncurrentielle¹¹⁷.

B. L'obligation de confidentialité nécessaire des parties au procès

En une phrase, cette obligation est définie de manière très large : toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires sera tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient, en ce sens article L.153-2 alinéa 1 du Code de commerce.

D'ailleurs, cette obligation perdurera à l'issue de la procédure. Elle ne prendra fin que si l'existence d'un secret des affaires est écartée par une décision de justice devenue définitive ou si l'information en cause a entretemps cessé de constituer un secret des affaires ou est devenue aisément accessible.

Jusqu'alors, la notion de secret des affaires n'était pas définie par le droit français et sa protection faisait l'objet de dispositions éparées. Ainsi, cette protection relevait donc essentiellement des règles de droit commun de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle s'il existe une clause de confidentialité.

¹¹⁴ Article 145 du Code de procédures civiles

¹¹⁵ Cass. 2^{ème} civ. du 8 février 2006 n° 05-14.198 : Bull. civ. II n° 44 ; Cass. soc. 19 décembre 2012 n° 10-20.526 : RJS 3/13 n° 191.

¹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ. 22 juin 2017, n° 15-27.845

¹¹⁷ Article L.483-2 du Code de commerce issu de l'ordonnance 2017-303 du 9 mars 2017

En outre, une appropriation frauduleuse peut aussi tomber sous le coup d'une qualification pénale¹¹⁸.

En somme, 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 ».

¹¹⁸ Vol, abus de confiance, escroquerie, en ce sens Cass. crim. 22 mars 2017, n° 15-85.929 ; Cass. crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113

Chapitre 2 : Une protection du secret des affaires garantie par d'autres matières spéciales

Actuellement, l'innovation contribue efficacement au succès des entreprises. C'est ainsi que l'immatériel prend une importance croissante dans la création de valeur, et les entreprises doivent donc se préoccuper à donner une réalité juridique, par conséquent économique à leurs avantages intangibles. C'est le rôle notamment de la propriété intellectuelle (section 2).

Toutefois, l'existence d'un support matériel persiste et suppose que différentes techniques aient été réunies préalablement. Il s'agit des secrets techniques et il est indispensable de les protéger (section 1^{ère}).

Or, un conflit entre secret des affaires et transparence existe bel et bien. Toujours est-il que la directive européenne sur le secret des affaires adoptée a semble-t-il inversé cette tendance.

Section 1. L'indispensable protection des secrets techniques

Le savoir a un caractère substantiel dans la mesure où il doit porter sur un élément essentiel de ce qui va être commercialisé ou de la technique employée. À ce titre, une autre problématique se pose. En effet, comment est-il possible de valoriser une chose qui n'est pas divulguée ? Le savoir est indéniablement une arme mais la question de sa portée doit se poser. Cela passe par la notoriété de l'enseigne ou de la qualité des services ou des produits mis sur le marché par celle-ci. En admettant que cette valorisation soit caractérisée, le secret permet-il d'assurer la protection effective d'un savoir technique non nécessairement protégeable par un droit privatif ?

Il convient alors de voir pour ce faire tout d'abord la nécessité d'une qualification des secrets techniques (§1^{er}), afin de voir quels sont les outils permettant la préservation de la confidentialité (§2).

§1. La qualification nécessaire des secrets techniques

D'une part, il convient de voir la délimitation des secrets techniques (A), pour envisager par la suite leur protection inhérente (B).

A. La délimitation des secrets techniques

La délimitation des secrets techniques doit être opérée, car si on analyse le terme de secrets techniques, celui-ci englobe principalement deux notions, à savoir le savoir-faire et le secret de fabrique.

Tout d'abord, concernant le savoir-faire, celui-ci ne fait l'objet d'aucune définition légale par les textes. C'est pourquoi, la doctrine et la jurisprudence se sont penchées sur la question en délimitant les contours de cette notion.

Jean-Marc Mousseron considère à cet égard, qu'il s'agit « d'un ensemble transmissible, secret (ou non immédiatement accessible au public), de connaissances techniques ou commerciales présentant une certaine utilité ou importance »¹¹⁹.

De manière générale, la doctrine s'accorde sur les caractéristiques nécessaires à la constitution du savoir-faire. Un faisceau d'indices est donc indirectement mis en place. Ainsi, le savoir-faire doit pouvoir être transmissible tout en n'étant pas immédiatement accessible au public : telles sont les particularités qui permettent de prouver l'existence d'un savoir-faire. Le savoir-faire revêt alors une forme immatérielle mais aussi intellectuelle. Il est parfois indissociable de son support, toujours est-il qu'il ne faut pas confondre ces deux éléments.

Le savoir-faire ne fait donc pas l'objet d'un droit de propriété industrielle mais il est tout de même assimilable à un droit de propriété industrielle. Certains auteurs parlent de propriété du savoir-faire¹²⁰. Cette formule démontre qu'il y a une assimilation du savoir-faire à un bien, qui plus est, un bien intellectuel. Il s'avère que concernant cette notion, le secret demeure sa seule voie de réservation¹²¹. Autrement dit, le seul moyen de protéger ce savoir-faire reste de le garder secret. Il ne fait en effet l'objet d'aucun régime spécifique.

Parallèlement, il s'avère utile de se pencher vers une seconde notion, celle du secret de fabrique. Par sa dénomination même, on comprend aisément que le secret est intrinsèque à cet élément.

Selon le professeur Garçon, le secret de fabrique consiste en un procédé industriel brevetable ou non qui n'est connu que d'un certain nombre d'industriels. Le doyen Roubier

¹¹⁹ Mousseron J.-M., Traité des brevets, 1984, Litec, nos 12 et s.

¹²⁰ Mathély P. : « Le savoir-faire étant un bien, est objet de propriété pour celui qui, l'ayant réalisé ou régulièrement acquis, le possède légitimement ».

¹²¹ Mousseron J.-M., « Secrets et contrats – de la fin de l'un à la fin de l'autre », in Melanges Jean Foyer, 1997, PUF, p.257

considère quant à lui que le procédé de fabrique recouvre « tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial, et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents »¹²². Le secret de fabrique est brevetable ou non et c'est donc à ce niveau que réside la nette distinction entre le savoir-faire et le secret de fabrique.

Par ailleurs, alors que le secret de fabrique a pour unique objet le processus industriel de fabrication, le savoir-faire peut quant à lui intéresser tous les secteurs d'activité de l'entreprise¹²³.

Le savoir-faire ne peut donc pas constituer un élément de propriété, il en est de même pour les connaissances. Le secret de fabrique peut quant à lui faire l'objet d'une protection par le biais de la propriété intellectuelle. C'est donc sur ce point que diffèrent ces deux éléments si proches en pratique.

Néanmoins, il est généralement admis que les connaissances couvertes par le secret de fabrique relèvent d'une catégorie plus vaste, celle du savoir-faire. Le secret de fabrique aurait pour objet le processus industriel de fabrication alors que le savoir-faire toucherait quant à lui tous les secteurs d'activité de l'entreprise.

Ce constat fait naître un paradoxe car le secret technique pourrait en quelque sorte être davantage protégé que le savoir-faire alors qu'il constituerait simplement une sorte de savoir-faire. Le secret de fabrique peut vraisemblablement être protégé par la voie du brevet. Il y a donc une contradiction lorsque celui-ci entre dans la catégorie du savoir-faire.

Un constat permet de pallier cette affirmation. Le droit positif actuel permet de considérer que l'atteinte portée au savoir-faire est assimilable à l'atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle.

En l'absence de droit privatif permettant de protéger le savoir-faire, il est nécessaire de se tourner vers une autre méthode et il s'avère que le secret tend à lui conférer cette protection. Un critère permet donc de rapprocher ces différents secrets techniques et il s'agit de la protection que leur confère le secret.

Ce constat laisse une question en suspend. Il est légitime de se demander si le secret de fabrique et le savoir-faire entrent dans la nouvelle définition du secret des affaires, par la

¹²² Chavanne A. et Burst J.-J., Droit de la propriété industrielle, 4^{ème} édition, Dalloz, n° 639.

¹²³ Cass. 3^{ème} civ. 13 juillet 1996, n° 64-12946 : Bull. civ. III, n° 358

directive européenne. La réponse semble positive puisqu'il est fait mention de ces deux éléments dans l'article 2 de ladite directive.

B. La protection inhérente par le secret

Bien qu'il existe certaines distinctions entre ces deux notions (savoir-faire et secret de fabrique), on peut tout de même constater qu'ils se rejoignent sur un point. Il est en effet tout à fait possible pour l'un comme pour l'autre de choisir le secret comme base de protection. Par leur nature même, ces éléments ont vocation à être protégés ab initio par le secret. En effet, le savoir-faire résulte notamment de la connaissance ainsi que de l'expérience d'une personne sur un objet déterminé. Cela s'acquiert donc de manière personnelle.

De manière générale, ces deux termes sont donc protégés par ce que l'on appelle le secret industriel. Ce dernier peut se définir comme toute information susceptible d'application industrielle, gardée secrète par son détenteur et utilisée afin de créer ou de fournir des biens ou des services.

Il suppose la réunion de trois éléments. En premier lieu, il faut que le secret industriel soit réellement inconnu de l'industrie concernée ou du moins qu'il ne soit pas facilement accessible. Autrement dit, il ne doit pas être tombé dans le domaine public. Il faut que le secret procure un avantage économique à son détenteur. La valorisation du secret est donc un élément décisif. Pour terminer, il faut que le détenteur en préserve obligatoirement la confidentialité par la mise en place de mesures spécifiques.

Concernant le savoir-faire, la protection par le secret est imposée dans la mesure où il s'agit là de la seule voie possible. En ne permettant pas de breveter le savoir-faire, on assimile celui-ci à la notion d'idée qui, nous le savons, n'est pas protégeable par le biais d'un droit de propriété intellectuelle.

Pour ce qui est du secret de fabrique, la notion de secret est directement incorporée dans sa dénomination. Ainsi, on peut aisément penser que celui-ci caractérise la seule voie de protection. En réalité, il s'avère qu'une option est laissée à son détenteur. Il pourra en effet choisir de le breveter ou préférer utiliser la voie de la non-divulgateion. Cette option laisse à penser que l'appellation « secret de fabrique » lui confère un avantage. La faculté de déposer un brevet n'est possible que sous certaines conditions dont le savoir-faire ne dispose pas.

Ce constat laisse penser que le brevet est la solution optimale pour protéger un bien dans la mesure où il ne peut s'appliquer en toutes hypothèses. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que le brevet revêt également certains inconvénients. Cela réside notamment dans le fait que son détenteur aura l'obligation de divulguer son invention en contrepartie du monopole qui lui est confié. Cela est donc en quelque sorte paradoxal.

D'un côté, on prône la protection par le biais du secret en estimant que la non-divulgence d'informations reste la méthode la plus efficace. D'un autre côté, il est admis que le brevet, en formalisant la protection, doit faire l'objet d'une contrepartie en imposant la transparence vis-à-vis des tiers. Le risque étant donc que ces derniers deviennent contrefacteurs du bien en question mais qu'il y ait également une certaine concurrence déloyale, notamment via les pays non couverts par le brevet. Aucune action ne pourrait alors être intentée par le dépositaire de ce brevet.

Le brevet possède une seconde limite qui tient cette fois à l'aspect temporel. En effet, dès lors qu'il y a dépôt de brevet, le délai commence à courir. À terme, cela tombera dans le domaine public. Le droit des brevets est donc un périphérique au secret.

Il faut désormais mettre en avant les avantages du secret des affaires qui, quant à lui, peut être appliqué à tous et par tous. A contrario du brevet, aucune limite temporelle n'est fixée et il n'est même pas nécessaire de remplir certaines formalités pour que la protection soit active. Bien évidemment, certains inconvénients lui sont propres et particulièrement lorsqu'il est possible de breveter ces secrets techniques. Il sera en effet plus difficile à faire respecter qu'un brevet et il se peut qu'il soit breveté par un tiers. Par ailleurs le secret bride en quelque sorte ce qui est sous son couvert dans la mesure où, inconnu du public, sa valeur est difficilement quantifiable. Ne disposant pas d'un titre de propriété industrielle, sa valorisation s'avère complexe.

En pratique, le secret s'avère un élément indispensable à la protection des données du droit des affaires. De manière générale, son importance s'explique principalement à trois égards.

D'abord, le détenteur du savoir n'aura peut-être pas d'autres options que de garder celui-ci secret le plus longtemps possible. Cela car il ne peut être protégé à l'aide de l'un des droits privatifs que contient le droit de la propriété intellectuelle. Lorsque le détenteur dispose d'une option, il se peut qu'il préfère garder secrète son invention.

Par conséquent, il empêchera sa divulgation afin d'empêcher ses éventuels concurrents d'utiliser le secret technique à des fins concurrentielles. En revanche, si son intention est de breveter sa création, le possesseur de cette dernière veillera à ce que le secret soit gardé jusqu'à ce que les formalités de protection via le brevet soient remplies.

Garder le secret est donc une garantie pour son détenteur. Ainsi, garder le secret est un choix, breveter lorsque les conditions le permettent en est un autre. Toutefois, lorsque les conditions du brevet ne sont pas réunies ou que l'obtention du brevet est hypothétique, on peut avoir recours à la protection par le secret. Celui-ci constitue donc une base de protection mais qui suppose le maintien de ce secret.

Quelle que soit la méthode choisie, la sécurité juridique du secret technique peut être altérée dans la mesure où chaque mode de protection a ses propres inconvénients. Il paraît donc utile de renforcer cette protection.

Comme vu précédemment dans cette analyse, le détenteur du secret doit en préserver la confidentialité par la mise en œuvre de mesures spécifiques. À cette fin, plusieurs outils de protection s'offrent à lui.

§2. Les outils de préservation de la confidentialité des secrets techniques

D'une part, la protection passe par l'application du régime légal (A) et d'autre part, il peut faire l'objet d'aménagements contractuels (B).

A. La protection légale et normative

Concernant la protection légale et normative, rares sont les textes qui évoquent ces secrets techniques. Le principal texte applicable en matière de secret de fabrique est l'article L. 152-7 du Code du travail¹²⁴.

Ce dernier est retranscrit dans le Code de la propriété intellectuelle. Ce rappel de texte témoigne de son importance significative. Ces dispositions ne délimitent pas la notion du secret mais consacrent le délit de révélation du secret de fabrique.

« Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni par une peine d'emprisonnement assortie d'une

¹²⁴ Article L.152-7 du Code du travail : « Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal. »

amende »¹²⁵. L'absence de définition assortie de l'utilisation expresse du terme « secret de fabrique » laisse à croire que ces articles ne sont applicables que pour ces secrets techniques spécifiques.

Néanmoins, il s'avère qu'en pratique, ceux-ci s'appliquent également au savoir-faire. De manière générale, ils visent donc le secret industriel qui apparaît sous des appellations diverses et variées.

Sur le plan pénal, il est également possible de mettre en avant le délit d'abus de confiance prévu à l'article 314-1 du Code pénal¹²⁶. Cette disposition générale laisse penser qu'il est tout à fait possible d'user de ce texte pour apporter une protection à ces secrets techniques. Toujours est-il que ce texte pourrait s'appliquer dans l'unique hypothèse où les secrets auraient été partagés avec des tiers qui en auraient fait un usage détourné. Le but consiste également en la lutte contre la contrefaçon. Bien entendu cela s'adresse plus particulièrement au support matériel. Toujours est-il que celui-ci découle de la réunion de divers secrets techniques sans lesquels ce support ne pourrait exister.

La loi relative à l'accès aux documents administratifs¹²⁷ fait également mention de cette protection à plusieurs égards et ne manque pas de faire mention du secret en matière commerciale et industrielle.

Lorsque le mécanisme du brevet est préféré, le secret doit être maintenu avant que les formalités inhérentes au brevetage ne soient remplies. Néanmoins, les sources légales permettent une préservation minimale du secret.

Au titre de la responsabilité civile, le détenteur du secret dispose de deux voies de protection par le biais de ce même article : soit de l'action en concurrence déloyale, et contre les non-concurrents, il dispose de l'action en responsabilité de droit commun¹²⁸.

Le droit communautaire s'est également penché sur la question. Il confère au savoir-faire une valeur qui lui est propre. Cette idée se reflète également sur la scène internationale. C'est

¹²⁵ Cass. crim., 14 août 1970 : Bull. crim., p. 292.

¹²⁶ Article L.314-1 du Code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

¹²⁷ Loi n° 78-753, 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

¹²⁸ Cass. com. 20 novembre 2007 : Propriété industrielle 2008, commentaire 71, obs. Larrieu J. – Cass. com. 12 février 2008, n° 06-17501.

donc naturellement que l'accord ADPIC¹²⁹ consacre cette notion. L'article 39 énonce certaines normes générales pour l'application des mesures protégeant le secret.

Ainsi, les renseignements doivent être secrets et il faut qu'ils aient une valeur commerciale. De surcroît, la personne qui détient le secret doit avoir mis en œuvre des dispositions raisonnables pour garder l'information secrète.

Le secret demeure une notion abstraite toutefois consacrée par divers textes. Sa valeur considérable lui confère une protection a minima mais pour être conservée de manière effective, les détenteurs ont tout intérêt à lui octroyer une protection supplémentaire. Le détenteur d'un secret technique doit, de manière générale, lutter contre la concurrence déloyale et la voie contractuelle paraît adéquate. La directive européenne en la matière permet ainsi de redonner de la cohérence au système légal.

B. La contractualisation du secret

De la sorte, il est largement admis que les contrats ont vocation à aménager les relations entre les parties contractantes. Ces aménagements peuvent intervenir lors de la conclusion dudit contrat ou faire l'objet d'un accord autonome. En outre, il se peut que des clauses interviennent à tous les stades de la vie du contrat.

Le secret technique peut être dévoilé alors qu'aucun contrat n'est encore conclu. En cours de négociation, la personne détenant le secret peut être menée à le révéler dans le but que le tiers contracte. Le secret sera donc l'objet du futur contrat. Il se peut cependant qu'une fois le secret technique révélé, le tiers ne trouve plus d'intérêt à contracter. Il sera donc judicieux pour le détenteur de lui faire signer au préalable un accord de non-divulgence ou de l'astreindre à lui remettre une certaine somme d'argent¹³⁰.

Dans le cadre des entreprises, on imagine mal que le secret technique soit connu d'un seul. En effet, pour qu'il puisse être exploité, il doit faire partie intégrante des valeurs de l'entreprise. Il doit donc constituer la base de développement d'une méthode ou d'un bien par l'ensemble des membres de l'entreprise. L'uniformisation est donc vectrice du développement industriel et de compétitivité. Le détenteur initial du secret a donc tout intérêt à faire entrer des tiers dans la confidence, qu'il s'agisse de concurrents ou de membres internes à

¹²⁹ ADPIC : L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce est un texte annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce. Il a pour but d'intégrer les droits de propriété intellectuelle dans le système de l'OMC.

¹³⁰ Gaudin J.-H., Guide pratique de l'ingénierie des licences et des coopérations industrielles, 1993, Litec, n° 210-214.

l'entreprise. Cette dernière doit donc veiller à ce que les salariés qui entrent dans le processus du secret technique demeurent dans le secret.

Ainsi, par le biais du contrat de travail, l'employeur peut aménager la relation contractuelle en y instaurant des clauses spécifiques. L'insertion de telles clauses peut avoir un caractère subsidiaire dans la mesure où tout salarié est tenu d'un devoir de loyauté envers son employeur.

En outre, il se peut que le détenteur ait besoin d'autres acteurs pour développer ce secret technique. Il peut par exemple avoir recours à des sous-traitants. Ces derniers seront alors qualifiés de partenaires lorsqu'ils entreront dans le processus au sein duquel le secret fait partie.

Cependant, il faut garder à l'esprit que ces partenaires peuvent devenir des concurrents par la suite. Il existe également le contrat de franchise qui est très développé compte tenu des grandes enseignes qui dominent le marché à l'heure actuelle. A priori, ce type de contrat fait naître une relation entre non-concurrents. Le débiteur du secret technique fera valoir celui-ci pour développer son activité, mais une activité propre à une enseigne déterminée.

La cession d'un secret technique est donc possible. Elle aura pour effet de matérialiser la coopération entre partenaires et ainsi transmettre le savoir-faire. L'entreprise va donc valoriser son secret en signant un contrat de cession du savoir-faire. Le contrat lui-même permet de délimiter l'étendue du savoir-faire, à savoir le secret technique transmis ainsi que celui qui reste personnel. La frontière peut donc être délicate à déterminer¹³¹.

Il existe donc deux contrats types permettant de valoriser ce secret. D'une part le contrat de communication de savoir-faire qui opérera un transfert à certains concurrents liés par le contrat et d'autre part, le contrat de franchise qui quant à lui concerne l'expansion de l'entreprise. Le type de contrat dépendra de l'objet de celui-ci. Ce contrat permettant de transmettre le savoir-faire est généralement dénommé « contrat d'entreprise »¹³². Il y a certes contractualisation mais toujours dans le but que le secret technique demeure secret.

Cette étude mène à s'interroger sur les clauses susceptibles de protéger les secrets techniques. A priori, deux d'entre elles apparaissent très efficaces quant à la protection de ce secret. Cette efficacité se déduit notamment de l'utilisation fréquente de celles-ci. D'une part,

¹³¹ Caseau-Roche F., « La clause de confidentialité », AJCA 2014, p. 119

¹³² Collart-Dutilleul F. et Delebecque P., Contrats civils et commerciaux, 8^{ème} édition, 2007, Dalloz, n° 899.

il existe la clause de confidentialité. Il s'agit d'une clause par laquelle on impose au débiteur d'une information de ne pas révéler cette dernière. À cette fin, celui-ci est astreint à une obligation de ne pas faire dans la mesure où il doit garder le silence sur cette connaissance qu'il partage. La clause de confidentialité repose donc sur deux impératifs. D'une part, la non-divulgateion du secret et d'autre part, l'obligation de ne pas exploiter ce savoir-faire.

Il existe par ailleurs la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail et qui permet de limiter la liberté du salarié lorsque celui-ci quitte l'entreprise. Il ne pourra alors exercer des fonctions équivalentes chez un concurrent ou pour son propre compte lorsqu'il y aura rupture du contrat de travail. Indirectement, le secret restera préservé.

De nombreuses mesures de protection peuvent donc être mises en place au sein du contrat. Cela passe par l'insertion de clauses particulières au sein du contrat, la mise en place d'une charte de confidentialité ou encore par la formation des salariés de l'entreprise. Ces aménagements contractuels ont donc vocation à protéger de manière optimale le secret détenu par une entreprise.

En somme, il faut retenir que le secret n'est pas assimilable à un droit privatif ou du moins, pas à un droit privatif complet. Néanmoins, le secret est un outil de protection qu'il ne faut pas négliger. En d'autres termes, le secret est un mode de protection à proprement dit mais pour qu'il demeure efficace, il est nécessaire de garantir sa protection par des outils juridiques. Ainsi, la meilleure des protections reste certainement la prévention. Certains textes prévoient une protection a minima de celui-ci mais les aménagements contractuels en garantissent l'efficacité. Malgré l'attention portée au secret, les risques d'espionnage industriel persistent, ce à quoi la directive tente de remédier.

Section 2. La protection relative des secrets d'affaires par la propriété intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle portent sur des biens immatériels tels que la marque, le dessin et modèle, le brevet d'invention et l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Chaque droit de propriété intellectuelle est soumis à un régime propre.

Le secret des affaires, comme nous l'avons évoqué, peut recouvrir plusieurs informations et n'est pas soumis aux mêmes règles que le droit de la propriété intellectuelle.

Le secret des affaires est souvent la première protection d'une innovation non protégeable par la propriété intellectuelle. Mais la protection par le droit de la propriété intellectuelle

n'empêche aucunement une protection au titre du secret des affaires sur un même produit : elles peuvent être concomitantes.

De ce fait, il convient de voir tout d'abord la protection limitée du secret des affaires (§1^{er}), puis de voir la protection imparfaite de ce droit de la propriété intellectuelle (§2).

§1. Une protection limitée par la propriété intellectuelle

Cette protection s'articule par l'attribution de droits privatifs par les mécanismes de propriété intellectuelle (A), puis l'on constate que cette protection s'avère être limitée par nature à travers le mécanisme du brevet (B).

A. L'attribution de droits privatifs par les mécanismes de propriété intellectuelle

L'alinéa 1^{er} 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 bien¹³³.

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.

Parallèlement au brevet, il convient de mentionner d'autres mécanismes de propriété intellectuelle permettant l'attribution de droits privatifs. Tout d'abord, l'alinéa 1^{er} 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

¹³³ Articles L.613-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

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 modèles¹³⁴ et les marques de fabrique, de commerce ou de service¹³⁵. Par commodité, ces deux derniers mécanismes ne seront pas développés par la suite.

B. Une protection limitée par nature : le brevet

Protéger les secrets des 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 ».

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 brevets¹³⁶.

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

¹³⁴ Art. L. 511-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁵ Art. L. 711-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁶ Office européen des brevets, www.epo.org, mis en place par la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973.

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, ...

§2. La protection imparfaite du secret des affaires par la propriété intellectuelle

La protection du secret des affaires n'est pas parfaite loin de là, mais le droit d'auteur tente de le protéger à sa façon (A), et les droits privatifs essayent d'être complémentaires (B).

A. Une protection de certaines informations par le droit d'auteur

Le brevet échouant ainsi 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.3421 dudit 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 1^{er} 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 des affaires. La difficulté va cependant être la preuve de l'antériorité de ces œuvres par rapport à d'éventuelles copies. Cette preuve devra donc être organisée préalablement, par exemple par le biais d'une enveloppe Soleau¹³⁷ si les conditions restrictives de cette formalité sont satisfaites.

En somme, 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.

¹³⁷ L'enveloppe Soleau, du nom de son inventeur Eugène Soleau, objet d'un brevet déposé en 1910, est une preuve d'antériorité d'une création que l'on peut utiliser en France pour obtenir de façon certaine la date d'une invention, d'une idée, d'une œuvre en la déposant à l'Institut national de la propriété industrielle.

B. La complémentarité des droits privatifs et du secret des affaires

Par ailleurs, 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 des 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.

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.

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 éponyme¹³⁸. La propriété intellectuelle n'apparaît donc pas comme un outil satisfaisant de protection du secret des affaires.

¹³⁸ Exemple notamment mentionné par M. MALAURIE-VIGNAL, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », Dalloz 2012, p. 1415.

La protection du secret des affaires en France est donc une considération complexe, nécessitant une étude approfondie d'un grand nombre de matières (droit bancaire, procédures collectives, droit du travail, liberté d'expression, secrets de fabrique, brevet, droit d'auteur, etc.) et l'appréhension globale d'un régime conçu de façon morcelée.

Mais à cette complexité doit être ajoutée 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-divulguées « secrets des affaires » contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Cette dernière, a permis de poser un régime juridique de protection général permettant de protéger certaines informations nécessaires à la compétitivité économique des entreprises nationales et européennes. 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.

De la sorte, comme l'expliquait J.-M. Garinot, en introduction de sa thèse précitée¹³⁹ « 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.

En effet, la plus grosse lacune du régime de protection des secrets tel qu'il a été mis en droit interne 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 piratages informatiques survenus au sein de la chaîne câblée

¹³⁹ J.-M. GARINOT, *Le secret des affaires*, thèse, Dijon, 2011, LexisNexis, 2013.

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 hackers¹⁴⁰. Malgré la législation américaine protégeant sévèrement les secrets des 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 des 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 efficace dès lors que les différents collaborateurs intervenant près d'un secret des 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, malgré les précisions apportées par le législateur français dans la transposition de la directive européenne, les différentes matières tentent de protéger et préserver au mieux le secret des affaires, mais cette protection n'est malheureusement pas absolue voire même imparfaite.

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 interne envisage la protection du secret des affaires : entre protection et défaillance. Cette question trouve sa réponse dans les développements sur le système actuel mis en place par la loi du 30 juillet 2018 qui démontre une réelle volonté de protection uniforme (partie 1), ainsi que la tentative de préservation du secret des affaires qui est faite par l'intermédiaire des différents impératifs (partie 2).

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 continue doit donc être envisagée 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, ceci du fait de la continue évolution de la matière.

¹⁴⁰ C. TIMBERG et A. ROSENBERG, « HBO is hacked, and Game of Thrones episodes may have leaked out », The Washington post, 31 juillet 2017.

Bibliographie

I/. Ouvrages généraux

- E. Cordelier, Droit commercial et droit des affaires, Collection Paradigme, 3^{ème} édition, 2019
- E. Peskine et C. Wolmark, Droit du travail 2019, Hypercours Dalloz, 12^{ème} édition, 2018
- E. Thaller, Droit commercial, 5^{ème} édition, n°1756, Paris 1916
- F. Pérochon, Entreprises en difficulté, Manuel LGDJ, 10^{ème} édition, 2014
- G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriga, 9^{ème} édition mise à jour, août 2011, pp. 938-940.
- J. HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information : l'individu, l'entreprise et l'administration, actes du 17^{ème} colloque de droit européen, éd. Conseil de l'Europe, 1987, p. 88 – cité par J.-M. GARINOT, *ibid.*, pp. 5-6.
- J. Lasserre Capdeville et autres, Droit bancaire, précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2017
- T. Bonneau, Droit bancaire, précis Domat, LGDJ, 13^{ème} édition, 2019
- Y. Reinhart, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, Droit commercial, Manuel LexisNexis, 8^{ème} édition, 2012

II/. Ouvrages spéciaux

- Chavanne A. et Burst J.-J., Droit de la propriété industrielle, 4^{ème} édition, Dalloz, n° 639.
- Ch. Gavalda, Le secret des affaires, Dalloz 1965, p.312
- Collart-Dutilleul F. et Delebecque P., Contrats civils et commerciaux, 8^{ème} édition, 2007, Dalloz, n° 899.
- Gaudin J.-H., Guide pratique de l'ingénierie des licences et des coopérations industrielles, 1993, Litec, n° 210-214.

- 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.
- M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Secrets professionnels, Autrement, 1999, p. 167 – cité par J.-M. GARINOT, *ibid.*, p. 5
- M. MALAURIE-VIGNAL, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », Dalloz 2012, p. 1415
- Mousseron J.-M., « Secrets et contrats – de la fin de l'un à la fin de l'autre », in *Mélanges Jean Foyer*, 1997, PUF, p.257 ▪ R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Dalloz 1959, p. 161
- R. SAINT-ALARY, « Le secret des affaires en droit français », travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXV, 1974, Dalloz, 1976, p. 264 – cité par J.-M. GARINOT, *idem*

III. Thèses

- A.Sacker, Du secret professionnel du banquier, thèse, Paris, 1933
- F. ANGÉ, Le secret des affaires, thèse, Toulouse, 1968.
- J.-M. GARINOT, Le secret des affaires, thèse, Dijon, 2011, LexisNexis, 2013.
- M. MAYER, Le secret des affaires commerciales, thèse, Paris, 1900.

VI. Articles de doctrine et revues

- B. Bouloc, Les limites du secret bancaire, *Mél. AEDBF-France*, 1997, Banque éditeur, p.71
- B. CARAYON, A armes égales, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.
- B. STEINER, « Trade secrets », *The Yale law journal*, mai 1905, vol. 14, n° 7, pp. 374-379.
- Caseau-Roche F., « La clause de confidentialité », *AJCA* 2014, p. 119

- C. TIMBERG et A. ROSENBERG, « HBO is hacked, and Game of Thrones episodes may have leaked out », The Washington post, 31 juillet 2017
- F. Pollaud-Dulian, Le principe d'égalité dans les procédures collectives, JCP, 1998, I, 138).
- Francine Macorig-Venier, Obligation de confidentialité et liberté de la presse, RTD Com. p. 978
- H. MARTRE, Intelligence économique et stratégie des entreprises, rapport, Commissariat général du Plan, 1994
- H. MARTRE, idem – cité par B. CARAYON, Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale, rapport au Premier ministre, La documentation française, 2003, p. 7
- 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.
- J.P. Vallens, Droit de la faillite et droits de l'homme, R.T.D Com. 1997, 567
- 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
- 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.
- LexisNexis, La semaine juridique, Une nouvelle ère pour le secret des affaires, Edition Générale - n° 3 - 21 Janvier 2019, page 129
- O. COUSI, « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », Le Monde, 10 novembre 2014
- Olivier de Maison Rouge, Le droit du secret des affaires : éternel serpent de mer ou bientôt réalité ?, Cairn.info, 2014, pages 66 à 71
- Olivier de Maison Rouge, Le secret des affaires, outil de protection des actifs numériques, CAIRN.INFO 2018, page 43
- O. de MAISON ROUGE et J.-P. VUILLERME, « Le secret des affaires, une légitime défense pour les entreprises », Les Echos, 16 décembre 2016

- P. Berlioz, Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée : RDC 2015 p. 124 s.
- P.Gulphe, Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé, RTD com. 1948
- R. Saint-Alary, Le secret des affaires en droit français, Travaux association Henri Capitant, t. XV, 1974, p.263
- Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, April 2013.
- V. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire face au juge pénal en droit français, Revue Lamy droit des affaires, mai 2010, 64.

V/. Jurisprudences

- CA Paris, 9 mai 1989, Revue procédures collectives, 485, note Y.Chaput.
- CA Paris, 20 mars 1990, Revue droit bancaire et bourse n°21, septembre-octobre 1990.
- CA Reims, 25 février 1993, Revue droit bancaire et bourse n°39, septembre-octobre 1993
- CA Versailles, 23 mars 1994
- Cass.Com., 1er avril 1995, Revue droit bancaire et bourse n°49, mai-juin 1995
- Cass. 3^{ème} civ. 13 juillet 1996, n° 64-12946 : Bull. civ. III, n° 358
- TPICE, 18 septembre 1996, Postbank NV c. Commission, aff. T-353/94.
- Cass.Soc. 2 décembre 1998 : Bulletin civil V, n°535
- CA Paris, 22^{ème} chambre B, 24 avril 2001
- Cass. 2^{ème} civ. du 8 février 2006 n° 05-14.198 : Bull. civ. II n° 44
- Cass.Soc. 19 décembre 2012 n° 10-20.526 : RJS 3/13 n° 191.
- Cass.Com. 15 décembre 2015, n°14-11.500, Consolis Denmark c/ Mergermarket Limited

- Cass.Com. 8 février 2017, n°15-14.846, RJDA 7/17 n°516
- Cass. Crim. 22 mars 2017, n° 15-85.929
- Cass. 1^{ère} civ. 22 juin 2017, n° 15-27.845
- Cass. Crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113
- Conseil Constitutionnel, 26 juillet 2018, n°2018-768 DC
- Cass.Com. QPC, 4 octobre 2018, Sté Mergermarket Limited c/ Sté Consolis, n° 08-10.688
- CA Paris 6 juin 2019, n°18.03-063

Table des matières

Remerciements	5
Sommaire	7
Introduction	9
Partie 1. L'émergence du secret des affaires	19
Chapitre 1 : Vers une consécration législative nécessaire de la notion de secret des affaires	20
Section 1. L'émergence d'une notion juridique en droit français	20
§1. La prise en compte d'un régime de protection du secret des affaires	20
A. Le développement de l'intelligence économique	21
B. L'engagement du député Carayon dans les propositions de loi	22
§2. La reprise de la proposition de loi par le projet de loi dit « loi Macron »	24
A. La récupération de la proposition de loi Le Roux/ Urvoas	24
B. Un échec imprévu en raison de divers facteurs	25
Section 2. La consécration assurée par le droit européen	27
§1. Une volonté d'unification du secret des affaires	27
A. Un contexte économique particulier	27
B. Un constat juridique désobligeant	28
§2. Le comblement d'un vide juridique en droit français	29
A. L'affirmation d'un objectif précis	29
B. La genèse d'une définition	30
Chapitre 2 : La conciliation périlleuse du secret des affaires avec d'autres impératifs ..	32
Section 1. Une protection absolue du secret des affaires	32

§1. L'obligation au secret bancaire	32
A. Le contenu du secret bancaire	33
B. Les sanctions encourues en cas de manquement	35
§2. Une confidentialité nécessaire au redressement de l'entreprise	36
§3. Une obligation de confidentialité primant sur la liberté de la presse	40
Section 2. Une protection relative du secret des affaires	42
§1. Le secret des affaires partagé et sauvegardé en droit du travail	42
A. La transparence et l'accès au secret de l'entreprise par les représentants des salariés	42
B. L'interdiction de divulguer et les limites à l'obligation de confidentialité	44
§2. La transparence plus conforme à l'intérêt des créanciers en procédure collective ...	47
§3. Des assouplissements possibles au secret bancaire	48
Partie 2. La préservation du secret des affaires	50
Chapitre 1 : Une volonté de généralisation du régime de protection du secret des affaires	50
Section 1. L'instauration d'un régime général de protection du secret des affaires	50
§1. L'information couverte par le secret des affaires	51
§2. La nécessité d'une autorisation pour l'obtention, la divulgation et l'utilisation du secret	52
§3. Les aménagements inévitables de la protection du secret	54
Section 2. La défense du secret des affaires dans le cadre d'une instance judiciaire ou d'actions	56
§1. Les actions en préservation, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret	56

A. La prononciation de mesures préventives par le juge	56
B. Une indemnité substituant les mesures préventives	57
C. L'indemnisation de la victime d'une atteinte au secret des affaires	58
§2. La confidentialité lors de l'instance	59
A. Les larges pouvoirs du juge	59
B. L'obligation de confidentialité nécessaire des parties au procès	60
Chapitre 2 : Une protection du secret des affaires garantie par d'autres matières spéciales	61
Section 1. L'indispensable protection des secrets techniques	61
§1. La qualification nécessaire des secrets techniques	61
A. La délimitation des secrets techniques	62
B. La protection inhérente par le secret	64
§2. Les outils de préservation de la confidentialité des secrets techniques	66
A. La protection légale et normative	66
B. La contractualisation du secret	68
Section 2 : La protection relative des secrets d'affaires par la propriété intellectuelle...	70
§1. Une protection limitée par la propriété intellectuelle	70
A. L'attribution de droits privatifs par les mécanismes de propriété intellectuelle	70
B. Une protection limitée par nature : le brevet	72
§2. La protection imparfaite du secret des affaires par la propriété intellectuelle	73
A. Une protection de certaines informations par le droit d'auteur	73
B. La complémentarité des droits privatifs et du secret des affaires	74
Conclusion	75

Bibliographie	78
Tables des matières	83