

RLDA 6050

La protection des secrets d'affaires, un droit fondamental du marché intérieur consacré par la directive 2016/943 du 8 juin 2016



Par Noëlle
LENOIR
Avocate associée
Kramer Levin
Naftalis et Frankel

Introduction : L'antériorité du droit américain

1. Eu égard à la dynamique du marché intérieur au cœur du projet européen, il peut sembler surprenant qu'il ait fallu attendre 2016 pour voir enfin adopter la directive 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (la « Directive ») – de portée exclusivement civile – consacrant la protection des secrets d'affaires. L'espionnage économique, dont pas une entreprise ne peut se sentir immunisée, n'est pas né en effet avec le piratage informatique et la cybercriminalité. Or il n'avait jamais fait jusqu'à ce jour l'objet de l'attention des autorités européennes et au plan national, seule la Suède⁽¹⁾, semble-t-il, a intégré dans sa législation une définition générale de la notion de secret d'affaires. Cette notion en France est restée principalement abordée soit sous l'angle de la lutte contre la contrefaçon des brevets, soit dans le cadre des contentieux sur les actes de concurrence déloyale ou de parasitisme⁽²⁾

ou encore, au plan pénal, sous l'aspect de l'abus de confiance⁽³⁾ ou de l'escroquerie⁽⁴⁾.

2. Dimension essentielle de la compétitivité des entreprises dans un monde de plus en plus ouvert et concurrentiel, l'impératif

agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire (Code de commerce Dalloz, éd. 2016, p. 3153).

- (3) Selon l'article 314-1 du code pénal, c'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 ». C'est ce qu'a retenu le juge dans l'affaire *Michelin* (T. corr. Clermont-Ferrand, 21 juin 2010) dans laquelle un ancien salarié de la société avait proposé à une « entreprise étrangère » concurrente des données confidentielles sur des procédés de fabrication. Les juges ont retenu la qualification d'abus de confiance en écartant expressément « l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation », considérant que le caractère secret d'un procédé de fabrication ne suffisait pas à en faire un élément du « potentiel économique » de la France, en dépit de la classification de Michelin en « régime restrictif » au sens du décret du 2 novembre 2011.
- (4) Selon l'article 313-1 du code pénal, c'est « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».

(1) Selon l'étude demandée par la Commission européenne au cabinet Baker Mac Kenzie, Study on trade secrets and confidential business information in the internal market, avr. 2013.

(2) Le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un

de protection des secrets d'affaires, pourtant distincts des droits de propriété intellectuelle, a été expressément mentionné dans l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (« ADPIC ») de l'Organisation mondiale du commerce de 1994. Cet accord a été ratifié tant par les États membres de l'Union européenne (« UE ») que par l'UE elle-même. Son article 39.2 sur « la protection des renseignements non divulgués » donne une définition claire du secret des affaires en posant en principe que « *Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes* », sous réserve que ces renseignements :

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

3. Cette définition, reprise à l'article 2 de la Directive, est de longue date inscrite dans les lois américaines tant civiles que pénales sur le secret des affaires. Ces lois sont le « *Uniform Trade Secret Act* » (« UTSA »), un modèle de loi civile type élaboré par l'*Uniform Law Commission*⁽⁶⁾ en 1979 (amendé en 1985 et approuvé par l'*American Bar Association*) qui a donné lieu à des législations dans pratiquement tous les États américains. Une loi fédérale civile vient en outre d'être adoptée à l'unanimité du Congrès et signée par le Président des États-Unis en mai 2016 : le « *Defense Trade Secrets Act* » (« DTSA »). Désormais, les victimes de violation de leurs secrets d'affaires peuvent chercher à obtenir justice devant les cours tant locales, que fédérales. Le but : renforcer l'efficacité de la lutte contre l'espionnage économique qui occasionne des pertes évaluées entre 300 et 500 trillions de dollars annuels. Les questions abordées par la nouvelle loi ont trait à la charge de la preuve, à la portée de la protection des secrets d'affaires ou encore au sort à réserver au détenteur de bonne foi d'un secret au-

paravant obtenu ou divulgué de façon illicite. À l'instar de la Directive, le DTSA consacre expressément l'immunité dont bénéficient les lanceurs d'alerte lorsqu'ils révèlent dans l'intérêt général des secrets d'affaires.

4. Au plan pénal, le *Cohen Act* de 1996⁽⁷⁾, une loi fédérale⁽⁸⁾, prévoit des peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement et 5 millions de dollars d'amendes/ou trois fois la valeur du secret violé (incluant les dépenses pour la recherche et le développement ayant permis d'obtenir le résultat devant être tenu secret). L'abondante jurisprudence fondée sur cette législation repose sur l'idée que le secret des affaires est une valeur en soi dont l'atteinte touche au droit de propriété comme à une liberté fondamentale de l'entreprise⁽⁹⁾. La pratique décisionnelle des juridictions montre une sévérité exemplaire, les peines d'emprisonnement n'étant pas rares et les amendes se chiffrant en millions de dollars, voire en dizaines de millions lorsque le contrevenant est une personne morale. Compte tenu de la multiplication des menaces liées à la globalisation de l'économie et à la digitalisation, le FBI a lancé en 2015 une campagne nationale intitulée « *The Company Man : Protecting America's Secrets* » qui souligne les dangers que l'espionnage économique fait peser, non seulement sur les entreprises, mais aussi sur la nation américaine.

5. La Maison Blanche avait auparavant publié un communiqué de presse émanant de l'*Office of Management and Budget*⁽¹⁰⁾ décrivant la stratégie des États-Unis en plusieurs volets :

- du point de vue diplomatique, nouer des alliances avec les États confrontés comme les États-Unis à un accroissement des vols de secrets d'affaires ;
- du point de vue procédural, promouvoir l'échange de bonnes pratiques de protection des secrets d'affaires dans les entreprises ;
- du point de vue des moyens préventifs et répressifs, faire de la protection des secrets d'affaires une priorité majeure du Département de la Justice (« DoJ ») et mobiliser le FBI chargé d'alerter les entreprises sur les menaces qui pèsent sur elles ;

(5) Le site de l'OMC indique qu'aux fins de cette disposition, l'expression « *d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant* ».

(6) Installée en 1892, son rôle est de proposer des modèles de lois dans des domaines du droit considérés comme d'importance critique.

(7) De son nom exact « *Economic Espionage Act* » modifié par le « *Theft Trade Secrets Clarification Act* » de 2012.

(8) Cette loi est complétée dans certains États par une loi locale.

(9) Voir not., parmi d'autres, l'arrêt de la Cour suprême de l'État de Caroline du Sud dans l'affaire *Laffitte v/Bridgestone Corporation LLC* (2009) qui énonce que « *trade secrets are unique creatures of the law, not property in the ordinary sense, but historically receiving protection as such. Unlike other assets, the value of a trade secrets hinges in its secrecy. As more people or organizations learn the secret, the value quickly diminishes. For this reason, owners or inventors go to great lengths to protect their trade secrets from dissemination* ».

(10) *Launch of the Administration Strategy to Mitigate the Theft of U.S. Trade Secrets* : <http://www.whitehouse.gov/blog/2013/02/20/launch-administration-s-strategy-mitigate-theft-us-trade-secrets>.

- du point de vue de la sensibilisation du public, multiplier les actions de communication sur les risques que fait peser le vol de secrets des affaires sur l'économie nationale.

6. Certes, avec la création de la délégation à l'intelligence économique⁽¹¹⁾, la lutte contre l'appropriation, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires s'est également affirmée comme l'un des objectifs de la défense des intérêts français. Mais il est frappant de constater que lorsqu'il a été question d'insérer dans la loi *Macron*⁽¹²⁾ un dispositif de protection, un tollé s'en est suivi, principalement alimenté par des journalistes y voyant – à tort – une attaque contre la presse d'investigation. Ce dispositif n'était autre que celui de la proposition de loi présentée par Bruno Leroux, président du groupe socialiste de l'Assemblée nationale et Jean-Jacques Urvoas, actuel garde des Sceaux, alors président de la Commission des lois de cette assemblée⁽¹³⁾ – inséré par voie d'amendement du Gouvernement – visant à définir un régime cohérent de protection juridique, sur les plans civil et pénal, du secret des affaires. Face aux protestations de la presse, le Gouvernement a préféré retirer purement et simplement les dispositions en cause, de sorte que l'on peut douter aujourd'hui de la volonté des pouvoirs publics de proposer avant la fin de la législature un projet de loi de transposition de la Directive. Il incombera dès lors à la prochaine législature de transposer cette directive avant l'échéance fixée au 9 juin 2018.

7. Par un effet de coïncidence, un autre texte européen important – le règlement général sur la protection des données (« RGPD »)⁽¹⁴⁾ – dont plusieurs dispositions concernent la cybersécurité et les atteintes à la protection des données personnelles qui peuvent porter sur des secrets d'affaires (par ex. : des fichiers clients), rentrera en vigueur à la même époque, soit le 25 mai 2018. Le RGPD, bien que d'applicabilité directe, doit conduire à modifier profondément la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés⁽¹⁵⁾ (« *Loi Informatique et Libertés* »). Le législateur devra avoir à cœur de veiller à la cohérence des deux textes dont les dispositions pourront être d'application concomitante. Les États membres auront une certaine latitude

pour ce faire, car si le RGPD leur laisse une marge relative pour en adapter le dispositif en fonction de leurs traditions juridiques nationales, en revanche, la Directive est un texte d'harmonisation minimale : chaque État pourra choisir ou non d'en aggraver certaines dispositions en vue d'une « *protection plus étendue contre l'obtention l'utilisation ou la divulgation illicite de secret d'affaires, pour autant que les mesures de sauvegarde explicitement prévues par la (...) directive pour protéger les intérêts d'autres parties, soient respectées* »⁽¹⁶⁾.

8. La discussion à laquelle ont donné lieu tant la Directive (qui a duré deux ans et demi)⁽¹⁷⁾ au Parlement européen que la loi *Macron* dans son volet « protection des secrets d'affaires » à l'Assemblée nationale, est illustrative de l'état de l'opinion de ce côté-ci de l'Atlantique : le débat s'est avant tout focalisé sur la liberté des médias et sur les lanceurs d'alerte. Un tel débat n'a pas eu lieu aux États-Unis, même si les récentes lois mentionnent expressément que les lanceurs d'alerte qui dénoncent des agissements répréhensibles ne peuvent se voir opposer le secret des affaires. Le droit américain en la matière est avant tout conçu comme un moyen de défense des intérêts de l'économie, en particulier vis-à-vis de la Chine, et plus largement de la souveraineté des États-Unis.

9. L'objectif de la Directive, dont la base est le marché intérieur⁽¹⁸⁾, est moins directement lié au patriotisme économique européen et davantage à l'achèvement de ce marché et à la libre circulation des innovations. Il s'agit, selon le préambule de la Directive, de favoriser « *l'innovation ouverte* » ou encore « *la recherche collaborative, y compris la coopération transfrontalière pour créer des opportunités de développement dynamiques, positives et équitables pour les entreprises, en particulier les PME* ». Cela étant, le texte est d'application générale à toutes les entreprises quelle que soit leur taille et vise les informations stratégiques et commerciales, et non seulement techniques ou scientifiques.

10. Ce faisant, elle ouvre un nouveau champ de conformité pour les entreprises (I) ; permet au juge, dans le cadre des contentieux civils en responsabilité, de choisir parmi une diversité de mesures provisoires, conservatoires et définitives, celles qui lui paraissent le mieux approprié, sans préjudice de la condamnation du contrevenant au versement de dommages et intérêts (II) ; elle donne par ailleurs la possibilité à ce juge d'ordonner toute mesure sauvegardant la confidentialité de renseignements ou de pièces au cours et à la fin des procédures judiciaires (III) ;

(11) Not. sous l'impulsion de la délégation interministérielle à l'intelligence économique auprès du Premier ministre : http://www.alliancy.fr/it_leur_parle/securite/2015/04/30/interview-claude-revel-se-defendre-pour-etre-plus-competitif.

(12) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

(13) Proposition n° 2139, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014.

(14) Règl. PE et Cons. UE n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

(15) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(16) Dir. 2016/943, consid. 10.

(17) Proposition de Directive du Parlement 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 COM/2013/0813 final, publiée le 28 novembre 2013.

(18) TFUE, art. 114.

enfin, la Directive confirme la préservation de la liberté des médias, l'immunité des lanceurs d'alertes agissant de bonne foi et dans l'intérêt public et le droit à l'information des travailleurs dans l'entreprise (IV).

I. – La protection des secrets d'affaires, un nouveau champ de conformité pour les entreprises

11. Les critères de définition d'un secret d'affaires obligeront les entreprises à se doter d'un dispositif de conformité rigoureux. Les secrets d'affaires renvoient à une diversité infinie d'informations stratégiques, scientifiques, techniques, financières, commerciales, juridiques, etc. Une information, fût-elle à plus ou moins long terme d'importance stratégique capitale, n'est cependant pas couverte automatiquement par le secret des affaires. Si l'on se réfère aux trois critères de définition d'un secret d'affaires énoncés à l'article 2 de la Directive – (i) information non généralement connue dans les milieux professionnels ou non aisément accessible ; (ii) ayant une valeur commerciale parce que secrète ; et (iii) faisant l'objet de la part de son détenteur de mesures « raisonnables » de protection « *compte tenu des circonstances* » –, il est clair que le secret ne se présume pas. L'entreprise victime devra démontrer au juge saisi pour violation d'un secret d'affaires, qu'elle a pris effectivement les mesures de protection adéquates (formation du personnel, formalisation d'engagements de confidentialité, accès différencié des personnels aux informations, instructions quant à l'utilisation des laptop, smartphones, etc., en France et à l'étranger, audits internes, classification de certains documents ou données, etc.). Si les grandes entreprises sont armées à cet égard, il n'en va pas de même des PME. Aussi l'expression « *compte tenu des circonstances* » devrait permettre au juge de tenir compte de leurs moyens limités ne devant pas pour autant les priver, en cas d'incident, du droit d'obtenir réparation et/ou de faire cesser le trouble résultant de la violation de leurs secrets d'affaires.

12. S'agissant du critère du caractère « *non généralement connu* » de l'information, ou des difficultés d'accès à celle-ci, la Directive reconnaît expressément la licéité de l'ingénierie inverse⁽¹⁹⁾, dans des conditions toutefois assez obscures. Le considérant 16 indique que l'ingénierie inverse est licite « *sauf dispositions contractuelles contraires* », étant indiqué que « *la liberté de conclure de tels accords contractuels peut toutefois être limitée par la*

loi ». Il est certain qu'avec des dispositions de ce genre, les entreprises devraient être incitées à regarder à deux fois avant de publier des données sur leurs sites internet ou de communiquer des informations par exemple lors de conférences ou de colloques, ou dans des publications professionnelles. La jurisprudence admet la licéité de l'ingénierie inverse. Par exemple, la cour d'appel de Caen a jugé qu'une société qui procède à la décompilation de Skype pour reconstituer le code source de ce logiciel à des fins d'interopérabilité ne constitue pas un acte de contrefaçon⁽²⁰⁾.

13. Le critère de la « *valeur commerciale* » attachée au secret, issu comme les autres critères de l'article 39-2 de l'accord ADPIC, suscite beaucoup d'interrogations dans les milieux juridiques. En réalité, il ne s'agit pas d'exiger de chiffrer systématiquement les pertes engendrées par la violation d'un secret d'affaires, mais d'identifier l'existence d'un dommage actuel ou potentiel tel que la suppression d'un avantage compétitif relatif à un savoir-faire, la renonciation à un achat ou une vente dont les pourparlers ont été divulgués, l'appropriation par un concurrent d'un fichier client rentrant directement dans le champ de la concurrence déloyale, etc.

14. La captation illicite d'un secret d'affaires est définie d'une manière extensive⁽²¹⁾. Elle couvre non seulement la divulgation de secrets d'affaires ou leur utilisation constitutive de concurrence déloyale, mais également la simple obtention d'un secret, avant même qu'il ait pu être exploité au préjudice de l'entreprise. Ce qui est d'autant plus protecteur que le juge est investi du pouvoir de prendre des mesures provisoires et conservatoires pour empêcher que le dommage ne se réalise. L'accès illicite à l'information peut prendre toute forme telle qu'une copie non autorisée ou « *tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale* ». La frontière entre le licite et l'illicite est le consentement qu'aura ou non donné le détenteur du secret d'affaires à son obtention, son utilisation et/ou sa divulgation. D'où la nécessité impérieuse pour l'entreprise de conserver les preuves écrites de l'absence éventuelle de consentement (règlement intérieur, notes au personnel, accords de confidentialité, procédures internes d'identification des documents confidentiels, courriels...).

(19) L'ingénierie inversée consiste à « *extraire une connaissance d'une réalisation. Cette activité a pour but l'analyse d'une chose technique pour en comprendre le fonctionnement ou la méthode de fabrication. De fait, on mesure, étudie et teste un objet de départ afin d'en réaliser un schéma permettant sa reproduction* » (Rapport de la Chambre de commerce de Paris sur la protection des secrets d'affaires dans l'UE, sept. 2014).

(20) CA Caen, ch. corr., 18 mars 2015, *Skype Ltd et Skype Software SARL*. Voir C. propr. intell., art. L. 122-6-1 permettant de reproduire le code du logiciel à des fins d'interopérabilité.

(21) La Directive semble néanmoins envisager l'hypothèse du détenteur de bonne foi, comme cela ressort du considérant 29 et des articles 3 et 4. Il est toutefois intéressant de noter que la captation illicite recouvre l'hypothèse où la personne « *aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne* ».

15. Par analogie avec le droit de la propriété intellectuelle⁽²²⁾, l'article 4.5 de la Directive caractérise l'utilisation illicite d'un secret d'affaires par rapport à « *la production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de biens en infractions... lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir (...)* ». Là encore, il appartiendra au juge d'apprécier la charge de la preuve pesant sur le défendeur poursuivi pour une telle utilisation illicite. Ce qui obligera les entreprises à conserver par devers elles, à fins de traçabilité, tous les documents témoignant de la chaîne de fabrication et de commercialisation des biens au niveau national, européen et mondial.

16. Les risques pesant sur les secrets d'affaires doivent s'inscrire dans la cartographie des risques qu'élaborent un nombre croissant d'entreprises. Il y a intérêt à y inclure concomitamment les risques de violation de la confidentialité des données personnelles ou des secrets d'affaires dans la mesure où de tels secrets peuvent comporter des données nominatives. Le RGPD contraint les entreprises à veiller à ce que leurs prestataires informatiques protègent dûment les données personnelles traitées pour leur compte, notamment dans le cadre d'instructions précisées dans les contrats de prestations de services⁽²³⁾ ; instructions dont la plupart ont vocation à s'appliquer également au titre de la protection des secrets d'affaires.

II. – Diversité des mesures à disposition du juge civil pour assurer la protection des secrets d'affaires

17. Des mesures semblables à celles prévues par l'accord ADPIC⁽²⁴⁾ sont reprises dans la Directive, élargissant considérablement la gamme des outils à disposition du juge civil. La Directive énumère par ailleurs les éléments d'appréciation à prendre en compte par les juridictions : (i) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires ; (ii) les mesures prises par l'entreprise pour protéger ce secret ; (iii) le comportement du défendeur ; (iv) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite incriminée ; (v) les intérêts légitimes des parties et des tiers ; (vi) l'intérêt public ; et (vii) la sauvegarde des droits fondamentaux ; ce qui, en l'espèce, pourra renvoyer au droit à la vie privée, à la liberté des médias et aux droits des travailleurs.

18. La Directive distingue les mesures provisoires ou conservatoires et les mesures définitives⁽²⁵⁾. L'insistance mise sur les premières est logique car une fois le secret utilisé ou divulgué, le préjudice est irréversible. Selon l'article 10 de la Directive, les mesures provisoires et conservatoires sont : (i) la cessation, ou selon le cas, l'interdiction de l'utilisation/divulgation du secret d'affaires ; (ii) l'interdiction de tout commerce (mise sur le marché, importation, exportation) des biens en infraction ; (iii) la saisie ou la remise des biens, y compris de biens importés. Toutes ces mesures, au niveau de la transposition de la Directive, devraient pouvoir être sollicitées par la voie du référé, et peut-être même de requête non contradictoire en cas de violation manifeste.

19. Les mesures définitives de l'article 12 consistent en des injonctions et des mesures correctives, notamment la cessation de l'infraction, l'interdiction de produire, importer ou exporter les biens en infraction, voire même la destruction ou le retrait des biens, et dans ce dernier cas – si le détenteur du secret en décide – la remise de ceux-ci à des organisations caritatives ; le tout aux frais du contrevenant, « *à moins que des raisons particulières ne s'y opposent* ».

20. Sans préjudice de la publication de la décision judiciaire selon les modalités définies à l'article 15, l'article 14 de la Directive prévoit que les dommages et intérêts couvrent les « *conséquences économiques négatives* » (y compris le manque à gagner), les « *bénéfices injustement réalisés par le contrevenant* » et le préjudice moral s'il y a lieu. Dans la ligne de ce qui est prévu à l'article L. 521-7 du code de la propriété intellectuelle, l'évaluation du préjudice peut être forfaitaire, sur la base par exemple du montant des redevances ou droits qui auraient été dus si les informations avaient été obtenues licitement. Il est précisé que cette méthode alternative « *n'est pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs* »⁽²⁶⁾, un système effectivement foncièrement contraire à notre tradition juridique.

21. Il faut souhaiter qu'en transposant la Directive, le législateur français ne crée pas un régime spécifique de responsabilité, la jurisprudence en matière délictuelle comme contractuelle permettant de traiter la multiplicité des situations envisageables.

(22) Voir C. propr. intell., art. L. 332-1 sur la saisie contrefaçon qui permet à tout auteur d'une œuvre protégée d'obtenir la saisie des exemplaires constituant une reproduction illicite de celle-ci.

(23) RGPD, art. 28 et 32.

(24) Accord ADPIC, art. 43 et s.

(25) Le rapport de Claude Mathon du 17 avril 2009 a été précurseur (http://www.claudemathon.fr/public/Secret_des_affaires_Rapport_final_17_avril_09.pdf).

(26) Dir. 2016/943, consid. 30.

III. – Confidentialité des secrets d'affaires dans les procédures contentieuses versus respect du contradictoire

22. L'article 9 de la Directive sur « la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires », l'un des plus importants, a été l'un des plus controversés. La protection juridique des secrets d'affaires serait restée vaine si, comme aujourd'hui, les entreprises étaient enclines à renoncer à des contentieux pour ne pas avoir à révéler à cette occasion des informations confidentielles. Trois types de mesures sont finalement prévues : (i) restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document versé au dossier de la procédure ; (ii) et/ou aux audiences en prononçant le huis-clos, puis (iii) une fois la procédure terminée, publier une version non confidentielle de la décision judiciaire à destination des tiers et du public.

23. Ici novatrices, ces mesures sont banales en droit de l'Union qui a été précurseur. En effet, les autorités européennes, en particulier la Commission en tant qu'autorité fédérale de concurrence, mais aussi le Tribunal et la Cour, ont dû d'emblée intégrer la protection du secret des affaires pour respecter l'obligation générale issue de l'article 339 TFUE. Selon cet article, inchangé depuis le traité de Rome, « les membres des institutions de l'Union, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de l'Union sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient ». Il en est résulté un aménagement des procédures devant le juge de l'Union de manière à concilier respect du contradictoire et de la confidentialité des secrets d'affaires. Suivant l'article 103 de son règlement de procédure, le Tribunal a, par exemple, le choix entre ordonner la divulgation des pièces à charge de souscription d'engagements spécifiques ou la production d'une version ou d'un résumé non confidentiel de ces pièces. Il peut aussi, selon l'article 109 du règlement, décider le huis clos. La pratique est par ailleurs de donner accès à des pièces confidentielles du dossier aux seuls avocats de la partie qui les demandent, par consultation sur place et sans copie. Cette procédure – celle dite de l'*attorney's eye only* aux États-Unis – était prévue dans la proposition initiale de la Commission ; mais elle a été vivement combattue notamment par l'Allemagne comme une entorse inacceptable au principe du contradictoire. C'est pourquoi, la Directive retient la formule du « *cercle restreint* » de confidentialité, composé non seulement des avocats des parties, mais également d'au moins un représentant désigné par ces dernières⁽²⁷⁾.

(27) Dir. 2016/943, consid. 25.

24. Elle ne constitue pas une totale nouveauté en France. Déjà en 2010, la Cour de cassation avait admis des restrictions au principe du contradictoire dans l'intérêt de la protection des secrets d'affaires, en censurant la cour d'appel de Paris dans une affaire relative à la concurrence, pour n'avoir pas vérifié si l'accès partiel d'une partie au dossier avait porté atteinte aux intérêts de cette dernière⁽²⁸⁾. Plus récemment en 2016, la Cour, dans le cadre de l'article 145 du code de procédure civile, a jugé que « *la conciliation du principe du contradictoire et de la protection des secrets d'affaires est assurée en réservant la consultation des documents litigieux aux seuls avocats, tenus au secret professionnel à l'égard de toute personne leur confiant une information confidentielle en raison de leur qualité* »⁽²⁹⁾. Il faut espérer que dans le cadre de la transposition, le législateur français – qui en a la possibilité au titre de l'harmonisation minimale – consacre cette possibilité parmi d'autres. En tout état de cause, ces procédures sont d'intérêt en dehors des seuls contentieux civils relatifs à la protection des secrets d'affaires et devraient être étendues à l'ensemble des contentieux économiques.

IV. – La liberté d'expression des journalistes, la protection des lanceurs d'alerte et l'information des travailleurs dans l'entreprise

25. Le motif du retrait des dispositions sur la protection des secrets d'affaires insérées dans la loi *Macron* est celui même qui aurait pu conduire au rejet de la Directive, à savoir la crainte d'une remise en cause du journalisme d'investigation et du secret de ses sources. Bien que particulièrement offensive dans la lutte contre l'espionnage économique, la législation américaine n'a pas démontré qu'elle représentait un danger pour la liberté de la presse. Pour autant, on doit se féliciter que le législateur européen ait pris la peine de prévoir à l'article 5 de la Directive des dérogations, notamment pour préserver « *le droit à la*

(28) Cass. com., 2 févr. 2010, n° 08-70.449, Bull. civ. IV, n° 26. Voir aussi N. Lenoir, La protection des secrets d'affaires devant l'Autorité de la concurrence, RLDA 2014/99, n° 5380.

(29) Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, n° 14-25.729, publié au *Bulletin*. Cette jurisprudence est à rapprocher de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 janvier 2016 (Cass. com., 19 janv. 2016, n° 14-21.670, publié au *Bulletin*) par lequel la Cour de cassation confirme une décision d'appel relative à la décision du rapporteur général de l'Autorité de la Concurrence accordant à Google la protection de certains secrets d'affaires, en estimant que « *le droit des parties de prendre connaissance des pièces de l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires* ».

liberté d'expression et d'information établi dans la Charte⁽³⁰⁾, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ». Cette mention devrait renforcer la jurisprudence protectrice des médias, initiée par la Cour européenne des droits de l'homme. Rappelons que celle-ci n'admet de restrictions à la liberté de la presse que prévues en raison d'un « besoin social impérieux » de façon proportionnée par une loi. En outre, dans l'affaire *Goodwin* en 1996, la Cour a souligné que « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse » ajoutant que « l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général (...) la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de chien de garde »⁽³¹⁾. Dans l'arrêt *Fressoz* de 1999⁽³²⁾, la Cour a fait valoir que, du « fait que les problèmes de l'emploi et de la rémunération suscitent généralement beaucoup d'attention », la publication de la feuille d'impôts du dirigeant de Peugeot se justifiait par son intérêt en tant que contribution au débat public. Le critère dirimant est ainsi l'intérêt public de la divulgation d'un secret. La Cour de cassation a marqué des limites. Dans un arrêt de 2015⁽³³⁾, à propos de la publication dans la presse d'informations sur les mesures de traitement amiable des difficultés d'une entreprise, devant rester confidentielles selon l'article L. 611-15 du code de commerce en vue du bon déroulement de la procédure collective, elle a censuré la juridiction d'appel pour n'avoir pas recherché « si les informations diffusées (...) relevaient d'un débat d'intérêt général ».

26. La Directive fait référence à un autre acteur de l'information : le lanceur d'alerte. Si l'article 5 n'utilise pas cette dénomination, se limitant à exonérer celui qui divulgue un secret d'affaires « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale (...) dans le but de protéger l'intérêt général », il est clair qu'est visé le lanceur d'alerte ainsi qu'il est précisé dans le préambule⁽³⁴⁾. Si beaucoup ont

regretté que le texte ne précise pas, mais cela n'était pas son objet, les contours d'un statut européen des lanceurs d'alerte, ce premier pas mérite d'être salué. La Commission devrait cependant présenter un texte général sur le sujet ainsi que l'y a invité le Parlement européen le 6 juillet dernier⁽³⁵⁾.

Si beaucoup ont regretté que le texte ne précise pas, mais cela n'était pas son objet, les contours d'un statut européen des lanceurs d'alerte, ce premier pas mérite d'être salué.

27. Quant à lui, le législateur français n'a pas été en reste. L'adoption imminente du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin II »)⁽³⁶⁾ établit un tel statut en mettant fin à l'éparpillement des textes actuels⁽³⁷⁾. La transposition de la Directive ne devrait ainsi pas poser de difficultés du point de vue des deux critères conditionnant la dérogation de l'article 5 de la Directive, soit l'intérêt public de la révélation et la bonne foi du lanceur d'alerte.

28. Le droit à l'information des représentants des travailleurs dans l'entreprise est un autre domaine dans lequel la transposition de la Directive ne soulèvera pas de problème. La Directive à l'article 5 indique que la faculté pour les travailleurs de divulguer des secrets d'affaires à leurs représentants « s'exerce dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction (...) pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice »⁽³⁸⁾. Ce rappel est utile, pour sécuriser le fonctionnement interne des entreprises. Ce rappel renvoie aux dispositions du code français du travail sur le droit à l'information du comité d'entreprise et des représentants du personnel dans des domaines comme la marche générale de l'entreprise, les projets de restructuration et de compression des effectifs, le recours à des contrats à durée déterminée et

(30) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 11 : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

(31) CEDH, 27 mars 1996, aff. 17488/90, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 39.

(32) CEDH, 21 janv. 1999, aff. 29183/95, *Fressoz c/ France*, § 51.

(33) Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, publié au *Bulletin*.

(34) Dir. 2016/943, consid. 20 : « Les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. La protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. Cela ne devrait pas être compris comme empêchant les autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparations lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente directive ».

(35) PE, communiqué de presse, 7 juill. 2016, L'UE doit offrir une protection légale aux lanceurs d'alerte, estiment les députés.

(36) Projet de loi n° 3623, déposé le 30 mars 2016.

(37) Voir CE, Rapport Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 25 févr. 2016. Voir N. Lenoir, Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-Atlantique, JCP E 2015, 1492, et N. Lenoir et A. Jacquin, Les lanceurs d'alerte dans le projet de loi « Sapin II », JCP E, 7 avr. 2016.

(38) La Directive permet également, au titre des dérogations, l'utilisation de secret d'affaires aux fins de la protection d'un intérêt légitime, notamment l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure judiciaire.

au travail temporaire...⁽³⁹⁾. Les représentants du personnel sont naturellement soumis à une obligation de discrétion concernant les « *informations revêtant un caractère confidentiel ou présentées comme telles par l'employeur*⁽⁴⁰⁾ » ; l'employeur fournissant l'information ne pouvant pour sa part invoquer abusivement la confidentialité des informations.

29. Le juge statue au cas par cas. Ainsi, un représentant du personnel peut être sanctionné pour non-respect de son obligation de discrétion notamment lorsqu'il a divulgué à la presse des informations dûment présentées comme confidentielles⁽⁴¹⁾. À l'inverse, l'employeur n'est pas à l'abri de sanctions s'il abuse du recours à la confidentialité pour priver un comité d'entreprise des informations auxquelles il a droit⁽⁴²⁾. La Directive ne fait que stabiliser cette jurisprudence.

En conclusion

30. La protection des secrets d'affaires, comme toute valeur, doit être conciliée avec d'autres principes : la liberté de la presse, le droit d'alerte, le droit des travailleurs dans l'entreprise, le principe du contradictoire dans les procédures juridictionnelles, voire le droit de la concurrence⁽⁴³⁾.

31. Pour autant, nul ne songerait plus à contester que la protection des secrets d'affaires est un droit fondamental des entreprises. La Cour européenne de Strasbourg l'a affirmé en le rattachant, depuis l'arrêt *Niemietz* de 1992⁽⁴⁴⁾, au droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, dans l'arrêt *Varec* en 2008⁽⁴⁵⁾, la CJUE se fonde sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour affirmer qu'« *il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doit être interprétée comme excluant les activités professionnelles et commerciales des personnes physiques comme des personnes morales (...)* »⁽⁴⁶⁾. Enfin, dans sa décision de 2015 sur la loi de finances pour 2016⁽⁴⁷⁾, le Conseil constitutionnel en fait une composante de la liberté d'entreprendre, jugeant que l'obligation imposée à certaines sociétés de déclarer à l'administration la répartition pays par pays des bénéfices du groupe, et ses agrégats comptables et fiscaux, ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre dès lors que ces données ne peuvent être rendues publiques. La protection du secret des affaires, droit fondamental, rejoint ainsi les impératifs liés à une économie globalisée qui suppose une loyauté renforcée, et donc le cas échéant sanctionnée, dans les relations commerciales. ■

(39) C. trav., art. L. 2323-6 à L. 2323-60. Voir égal. l'article 8 de la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs et l'article 6 de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

(40) C. trav., art. L. 2325-5. Voir égal. C. trav., art. L. 2323-7-2 issu de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 sur la fourniture aux représentants du personnel une base de données unique permettant d'apprécier les orientations stratégiques de la société.

(41) Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367.

(42) Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-17.270, Bull. civ. V, n° 256.

(43) Voir Aut. conc., déc. n° 14-D-06, 8 juill. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, et Aut. conc., déc. n° 14-MC-02, 9 sept. 2014, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

(44) CEDH, 16 déc. 1992, aff. 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*.

(45) CJUE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, EU:C:2008:91, *Varec SA c/ État belge*.

(46) CJUE, arrêt *Varec*, préc., pt. 48.

(47) Cons. const., 29 déc. 2015, n° 2015-725 DC.