

*Capsule*

**Les enjeux économiques et  
sécuritaires de la directive  
européenne pour la protection  
des secrets d'affaires**

**Émilie Guiraud\***

Introduction .....	149
1. Une protection des secrets d'affaires s'expliquant pour des raisons économiques .....	151
1.1 Une nécessaire harmonisation des secrets d'affaires au niveau européen.....	152
1.2 Un effet positif de la directive sur la coopération transfrontière entre entreprises.....	154
2. Une protection des secrets d'affaires s'expliquant pour des raisons sécuritaires .....	158
2.1 Une garantie supplémentaire en cas de vol ou d'acquisition/utilisation illégale du secret d'affaires. . . .	159
2.2 Un pouvoir de sanction approprié .....	161
Conclusion .....	162

---

© Émilie Guiraud, 2018.

\* Étudiante à la Faculté de droit de l'Université Laval.

[Note de la rédaction : cette capsule a été soumise à une évaluation à double anonymat.]



« Dire le secret d'un autre est une trahison,  
dire le sien est une sottise »

Voltaire

## INTRODUCTION

De prime abord, il faut reconnaître que l'expression « secret industriel » est entourée d'une aura de mystère, évoquant tout à la fois le monde de l'espionnage, des formules scientifiques abscondes ou, encore, des secrets occultes, voire révolutionnaires. Pourtant, au-delà de la conception romancée et théâtrale de la chose, il est essentiel de bien cerner la définition du secret industriel et d'en saisir les principales composantes.<sup>1</sup>

Hubert Reid définit le « secret commercial »<sup>2</sup> comme une « information concernant des procédés de fabrication ou d'exploitation d'un produit que son bénéficiaire cherche à tenir confidentielle afin qu'elle ne soit pas divulguée à ses concurrents »<sup>3</sup>. De son côté, le rapport de l'Institute of Law Research and Reform révèle que, généralement, « le *trade secret* doit être défini avant tout à partir de la valeur économique des informations qui confèrent un avantage à son possesseur et des efforts raisonnables mis en œuvre afin d'assurer le caractère secret des informations »<sup>4</sup>.

Aussi, dans une économie globale où les biens circulent, le choix du secret commercial peut parfois s'avérer être une stratégie

- 
1. F. George Sayegh, *Les secrets de commerce et les renseignements confidentiels* (Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006) à la p 90.
  2. Plusieurs termes sont utilisés comme celui d'« informations confidentielles », de « secrets industriels », de « secrets commerciaux », « trade secret », etc. Voir en ce sens David Vaver, « What is a trade secret » dans Roger T. Hughes, *Trade Secrets* (Toronto, Law Society of Upper Canada, 1990) à la p 19.
  3. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3<sup>e</sup> éd (Montréal, Wilson & Lafleur, 2004) à la p 523.
  4. University of Alberta, *Trade secrets / Institute of Law Research and Reform, Edmonton, Alberta and a Federal Provincial Working Party* (Edmonton, The Institute of Law Research and Reform, 1986) au n° 46.

plus judicieuse que celle d'obtenir une protection par voie classique, souvent plus onéreuse, surtout à l'échelle mondiale, comme c'est le cas, par exemple, pour le brevet. C'est sans nul doute pour cela que, depuis de nombreuses années, le secret commercial fait partie intégrante des pratiques courantes des entreprises<sup>5</sup>. Cependant, dans une société où l'information est mondialisée, ces entreprises ont fait face à un nombre accru d'actes de vol et d'espionnage en tout genre. Il était donc nécessaire de définir un cadre bien spécifique pour les secrets commerciaux, au niveau international. Si des actions ont été menées en ce sens, notamment dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC (*Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce*, annexé à l'Accord instituant l'OMC du 15 avril 1994)<sup>6</sup>, les pratiques nationales dans l'Union européenne restaient, jusqu'à présent, très hétérogènes<sup>7</sup>.

Forte de ce constat, l'Union européenne a souhaité uniformiser les pratiques en la matière, afin de fournir une protection plus adaptée aux entreprises. C'est dans ce contexte que s'inscrit la directive de l'Union européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites<sup>8</sup> (« directive »). Tout a commencé par le dépôt, le 28 novembre 2013, d'une proposition de directive par la Commission européenne<sup>9</sup>. Un premier feu vert avait

- 
5. Comme souligné au sein du considérant 2 de la directive : « Les entreprises, quelle que soit leur taille, accordent au moins autant de valeur aux secrets d'affaires qu'aux brevets et aux autres formes de droits de propriété intellectuelle. [...] Les petites et moyennes entreprises (PME) accordent une importance encore plus grande aux secrets d'affaires et en sont encore plus tributaires. [...] ».
  6. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332, art 8(2) (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [ADPIC].
  7. Le considérant 6 de la directive l'exprime clairement : « Nonobstant l'accord sur les ADPIC, il existe d'importantes différences entre les législations des États membres en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers ».
  8. *Résolution législative du Parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD)), en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0131+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-10>>.
  9. *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* /\* COM/2013/0813 final – 2013/0402 (COD) \*/ , (2013)

été donné le 15 décembre 2015 par le Parlement européen<sup>10</sup>, suivi de l'adoption de cette dernière, le 27 mai 2016<sup>11</sup>, par le Conseil.

Cette directive poursuit donc, comme objectif, l'établissement de règles communes en matière de protection des secrets d'affaires et des informations confidentielles, pour toutes les entreprises de l'Union européenne. *In fine*, cela aura pour effet d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>12</sup>.

S'il est encore difficile d'établir un pronostic sur les bénéfices apportés par la directive, l'on peut valablement se demander quelles étaient les raisons sous-jacentes de la protection des secrets d'affaires. Il semble que cela tienne à des raisons à la fois économiques et sécuritaires.

## **1. UNE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES S'EXPLIQUANT POUR DES RAISONS ÉCONOMIQUES**

Avant l'adoption de la Directive européenne, la problématique des « secrets d'affaires » en Europe était triple : l'hétérogénéité des instruments juridiques<sup>13</sup> était créatrice d'insécurité juridique pour les entreprises, rien n'était clairement défini quant à ce qu'il fallait protéger et, enfin, la nature juridique du secret d'affaires était elle-

---

10. « Un compromis a été trouvé le 15 décembre 2015 entre les représentants du Conseil et du Parlement », voir : Yves Bizollon et Jean-Baptiste Thiénot, « 15 décembre 2015 : une étape décisive pour l'adoption de la Directive UE sur la protection des secrets d'affaires » (7 janvier 2016), Bird & Bird, en ligne : <<https://www.twobirds.com/fr/news/articles/2016/france/15-decembre-2015-une-etape-decisive-pour-l-adoption-de-la-directive-ue>>. Voir également en ce sens le Communiqué de presse : CE, *Communiqué de presse 935 / 15 : Protection des secrets d'affaires : La présidence luxembourgeoise conclut un accord avec le Parlement* (22 décembre 2015), en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/12/15-trade-secrets-protection/>>.

11. *Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, (2016), JO, L 157, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0943>>.

12. On retrouve l'objectif de la présente directive, notamment au sein du considérant 36 de la directive qui expose qu'il s'agit de « parvenir à un bon fonctionnement du marché intérieur en établissant un niveau suffisant et comparable de réparation dans tout le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires, [...] ».

13. Dugie Standeford, « Industry Groups Press For EU, US Action On Trade Secret Protection », (16 juillet 2012), Intellectual Property Watch, en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2012/07/16/industry-groups-press-for-eu-us-action-on-trade-secret-protection/>>.

même incertaine<sup>14</sup>. C'est cette même problématique qui a amené l'Union européenne à réfléchir à la mise en œuvre de la directive sur les secrets d'affaires, afin d'harmoniser la notion de secrets d'affaires au niveau européen, de mieux protéger tout le « capital intellectuel » de l'entreprise<sup>15</sup> et de favoriser la coopération transfrontière.

### 1.1 Une nécessaire harmonisation des secrets d'affaires au niveau européen

La Commission européenne explique le contexte dans lequel s'inscrit cette dernière :

L'Europe dispose de tous les atouts nécessaires pour devenir un leader mondial sur le plan de la science et de l'innovation. [...] Néanmoins, l'apport des entreprises à la recherche et développement (R&D) est insuffisant si l'on compare la situation de l'Union européenne à celle de ses grands partenaires commerciaux. [...] Dans le cadre plus large de sa stratégie Europe 2020, la Commission s'est engagée à créer une Union de l'innovation afin de protéger les investissements dans la base de connaissances, de réduire la fragmentation coûteuse et de faire de l'Europe une terre d'accueil plus intéressante pour l'innovation. [...] Dans certains cas, en fonction du modèle économique de l'innovateur, la confidentialité peut être nécessaire pour permettre à la propriété intellectuelle de fructifier et de déboucher sur des innovations et une compétitivité accrue<sup>16</sup>. Tout droit de propriété intellectuelle commence par un secret : un écrivain ne dévoile pas l'intrigue sur laquelle il travaille (futur objet du droit d'auteur). [...] Les secrets d'affaires sont tout aussi importants pour la protection des innovations non technologiques.<sup>17</sup>

14. Philippe Marchandise, « La proposition de directive du 28 novembre 2013 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 : un premier commentaire », (juin 2014), Cahier du juriste, Institut des juristes d'entreprise, N° 2014/2, 21<sup>e</sup> année, p 37, en ligne : <[http://fr.bruylant.larciergroup.com/resource/extra/9782802747642/CJ2014-4\\_BD%20intro.pdf](http://fr.bruylant.larciergroup.com/resource/extra/9782802747642/CJ2014-4_BD%20intro.pdf)>.

15. En effet, même si d'autres mécanismes existent pour protéger les informations stratégiques, certaines étaient plus sensibles que d'autres et ne bénéficiaient pas forcément d'une protection adéquate, comme par exemple les études préliminaires ou les phases de tests. Voir en ce sens : Elisabeth Flaicher-Maneval, Hélène Chalmeton, « Secret des affaires : qu'apporte la directive ? », (10 octobre 2016), en ligne : <<http://www.lexplicité.fr/secret-affaires-directive/>>.

16. Ce fait est particulièrement rappelé dans le considérant 2 de la directive.

17. Exposé des motifs, Contexte de la Proposition, dans *Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et*

C'est dans cette optique que le Parlement européen a donné son feu vert pour la mise en œuvre de la directive sur le secret d'affaires le 14 avril 2016<sup>18</sup>, sur la base d'un accord négocié avec les États membres. La dernière étape a été suivie avec succès par le Conseil de l'Union européenne, le 27 mai 2016<sup>19</sup>. Les nouvelles dispositions devront ensuite être transposées dans chacune des juridictions nationales des États membres, après la publication au Journal officiel et l'entrée en vigueur de la directive<sup>20</sup>. L'objectif recherché est l'établissement d'un cadre juridique harmonisé<sup>21</sup>, afin de doter toutes les entreprises européennes de règles communes en matière de protection des secrets d'affaires et des informations confidentielles<sup>22</sup>. D'autant plus, lorsque l'on sait que « les entreprises, quelle que soit leur taille, accordent au moins autant de valeur aux secrets d'affaires qu'aux brevets et aux autres droits de propriété intellectuelle »<sup>23</sup>.

---

*des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, (2016), JO, L 157, considérant 14, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0943>>.

18. *Résolution législative du Parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD))* (Procédure législative ordinaire : première lecture), en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0131+0+DOC+XML+V0//FR>>.
19. CE, *Communiqué de presse 244/16 : Protection des secrets d'affaires : Le Conseil adopte une nouvelle directive*, (27 mai 2016), en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/05/27-trade-secrets-new-directive/>>.
20. *Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, (2016), JO, L 157, art. 19, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0943>>.
21. Cela passe notamment par une définition harmonisée, comme l'illustre le considérant 14 de la directive : « Il importe d'établir une définition homogène du secret d'affaires sans imposer de restrictions quant à l'objet à protéger contre l'appropriation illicite. [...] ».
22. « La directive est l'un des instruments juridiques dont disposent les institutions européennes pour mettre en œuvre les politiques de l'Union européenne (UE). Il s'agit d'un instrument flexible essentiellement utilisé pour harmoniser les législations nationales. Elle instaure une obligation de résultat mais laisse les pays de l'UE libres quant aux moyens à prendre pour y parvenir ». L'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'UE la rend contraignante pour les pays destinataires. Voir : Eur-lex, « La directive de l'Union européenne », en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3A114527>>.
23. *Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, (2016), JO, L 157, considérant 2.

Il convient de comprendre pourquoi l'Union européenne devait mettre en place de telles mesures. En somme, il était nécessaire d'harmoniser ce que représente le secret d'affaires, au niveau européen<sup>24</sup>. Mais ce n'est pas tout. Le but recherché tient également aux enjeux économiques découlant de l'application de ces nouvelles mesures, tenant à protéger l'actif des entreprises. L'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) l'explique, en voyant le secret commercial comme « une notion à la fois subjective et soumise aux impératifs économiques. Loin d'être statique, le secret des affaires est à géométrie variable. Le secret des affaires affecte un ensemble d'informations et de connaissances ayant une valeur économique »<sup>25</sup>. Une économie qui est justement recherchée à l'échelle européenne, à travers la protection effective des entreprises pouvant avoir des répercussions positives sur leurs coopérations transfrontières.

## **1.2 Un effet positif de la directive sur la coopération transfrontière entre entreprises**

Avec l'établissement d'un marché intérieur, l'Union européenne tend à baisser les frontières et à favoriser la cohésion de ses États membres (article 3.3. TUE)<sup>26</sup>. Bien que « le secret des affaires est sans conteste un obstacle à la circulation sans restriction des renseignements économiques puisqu'il crée un monopole de fait par son détenteur sur l'information stratégique, faute pour ses rivaux d'en disposer »<sup>27</sup>, on reste tout de même dans une logique de libre

---

24. Comme on a pu le voir précédemment et comme cela a été rappelé au sein du considérant 8 de la directive : « Les différences existant entre États membres en matière de protection juridique des secrets d'affaires impliquent que ceux-ci ne bénéficient pas d'un niveau de protection équivalent dans toute l'Union, ce qui entraîne une fragmentation du marché intérieur dans ce domaine et affaiblit l'effet dissuasif global des règles pertinentes ».

25. ARCEP, « La protection du secret des affaires devant l'ARCEP, La lettre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes », (janvier-février 2009), p 17, en ligne : <<http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/communications/lettre/pdf/lettre65-juridique-secretaffaires.pdf>>.

26. *Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* 2012/C 326/01, JO n° C 326 du 26/10/2012 p 0001 – 0390, art 3.3, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>>.

27. Olivier de Maison Rouge, « Proposition de la loi relative à la protection du secret des affaires : pour une critique positive », (décembre 2014), Bulletin du droit des secrets d'affaires, numéro spécial décembre 2014, trimestre 4, p 1, en ligne : <<https://fr.scribd.com/document/249515527/Bulletin-du-droit-des-secrets-d-affaire>>.



circulation entre les États membres<sup>28</sup>. Cela est clairement énoncé à l'article 17 de la présente directive : « Échange d'informations et correspondants »<sup>29</sup>, où l'on comprend qu'« une meilleure compréhension commune des contours et limites de ce qu'est un « secret d'affaires » permettra d'assurer aux entreprises une meilleure lecture de leur environnement juridique et de leurs relations contractuelles et commerciales »<sup>30</sup>.

Avant l'adoption de la directive, les échanges entre entreprises sur leurs secrets commerciaux respectifs pouvaient s'avérer risqués<sup>31</sup>. Ceci peut s'expliquer, d'une part, par l'éclatement en droit européen des recours ayant trait aux divulgations non autorisées. D'autre part, on souhaitait éviter, lors des procédures judiciaires, les fuites dudit secret<sup>32</sup>.

- 
28. Cela a été clairement inscrit au sein du considérant 3 de la directive qui fait valoir que : « L'innovation ouverte est un catalyseur de nouvelles idées répondant aux besoins des consommateurs et aux défis de société, et permet à ces idées d'atteindre le marché. Une telle innovation constitue un levier important pour la création de nouvelles connaissances et est à la base de l'émergence de modèles d'entreprise nouveaux et innovants fondés sur l'utilisation de connaissances élaborées en commun. La recherche collaborative, y compris la coopération transfrontalière, est particulièrement importante pour accroître l'importance de la recherche et du développement au sein du marché intérieur. Il convient de considérer la diffusion des connaissances et des informations comme un élément essentiel pour créer des opportunités de développement dynamiques, positives et équitables pour les entreprises, en particulier les PME. Dans un marché intérieur où les obstacles à la collaboration transfrontalière sont réduits au minimum et où la coopération n'est pas entravée, la création intellectuelle et l'innovation devraient favoriser l'investissement dans les procédés, services et produits innovants ».
29. On trouve une explication dans le considérant 33 : « Afin de faciliter l'application uniforme des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive, il convient de prévoir des systèmes de coopération et des échanges d'informations entre les États membres, d'une part, et entre ceux-ci et la Commission, d'autre part, notamment en mettant en place un réseau de correspondants désignés par les États membres. [...] ».
30. Xavier Delpech, « Vers une protection (européenne) du secret des affaires », [2015] 3 AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 196.
31. Le considérant 4 de la directive l'illustre parfaitement : « En l'absence de moyens juridiques effectifs et comparables de protection des secrets d'affaires dans toute l'Union, les incitations à s'engager dans des activités transfrontalières liées à l'innovation dans le marché intérieur sont compromises, et les secrets d'affaires ne peuvent atteindre leur plein potentiel en tant que vecteurs de croissance économique et d'emplois ».
32. Le considérant 24 de la directive l'explique : « La perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une procédure judiciaire décourage souvent les détenteurs légitimes de secrets d'affaires d'engager des procédures judiciaires pour défendre leurs secrets d'affaires, ce qui nuit à l'efficacité des mesures, procédures et réparations prévues. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, sous réserve de mesures de sauvegarde appropriées garantissant le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, des règles spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires faisant l'objet du

En premier lieu, les entreprises qui décidaient de coopérer entre elles faisaient face aux risques de divulgation de leurs secrets d'affaires et la protection qui leur était accordée pouvait varier sensiblement selon le pays. En effet, devant le niveau inégal de protection des secrets d'affaires des entreprises qu'offraient les réglementations nationales, le fonctionnement du marché intérieur de l'information et du savoir-faire se retrouvait en péril. À ce titre, la Commission européenne avait estimé que « 40 % des entreprises de l'UE (Union européenne) s'abstiendraient de communiquer des secrets d'affaires à des tiers de crainte que les informations ne fassent l'objet d'une utilisation abusive ou ne soient diffusées sans leur autorisation, perdant ainsi leur caractère confidentiel »<sup>33</sup>.

En second lieu, c'est la question même d'intenter une action qui pouvait s'avérer problématique, puisque les entreprises craignaient, en effet, la divulgation de leurs informations confidentielles dans chacune des étapes du procès. À ce titre, Jean Lapousterle a jugé que l'intervention du législateur français était nécessaire « afin de mieux préserver la confidentialité des secrets d'affaires en cours de procès »<sup>34</sup>.

De tout ceci faut-il, sans doute, tirer le constat global que toutes les entreprises européennes ne disposaient pas des mêmes chances devant leurs propres juridictions<sup>35</sup> et certaines pouvaient même se retrouver complètement lésées<sup>36</sup>. On peut donc imaginer que cela pouvait mettre un frein à la coopération transfrontière entre entreprises, tant le droit applicable dans chacun des États membres était différent.

---

litige pendant les procédures judiciaires intentées pour sa protection. Cette protection devrait perdurer après la fin des procédures judiciaires et aussi longtemps que les informations constituant le secret d'affaires ne sont pas dans le domaine public ».

33. Ludovic Arbelet, « Le secret des affaires revient par la porte européenne, Projet de directive sur le secret des affaires, Projet de rapport de la commission des affaires juridiques », Dalloz actualité 21 avril 2015.
34. Jean Lapousterle, « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? » [2016] *Recueil Dalloz* 1072 (Lapousterle 2016).
35. Comme a pu le souligner Etienne Schneider, vice-premier ministre et ministre de l'Économie du Luxembourg : « De nos jours, il existe dans les États membres une grande variété de systèmes et de définitions en ce qui concerne le traitement et la protection des secrets d'affaires. Ce nouvel instrument apportera de la clarté juridique et assurera des conditions de concurrence équitables pour toutes les entreprises européennes ». Dans : CE, *Communiqué de presse 935/15 : Protection des secrets d'affaires : La présidence luxembourgeoise conclut un accord avec le Parlement*, (22 décembre 2015), en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/12/15-trade-secrets-protection/>>.
36. Hogan Lovells, « Report on Trade Secrets for the European Commission », (13 janvier 2012), p 2, en ligne : <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/120113\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/120113_study_en.pdf)>.

Désormais, avec l'article 4, « Les États membres veillent à ce que les détenteurs de secrets d'affaires aient le droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de leurs secrets d'affaires ».

De plus, l'article 9 de la directive prévoit la « protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires ». Ces dispositions<sup>37</sup> suivent le cheminement de l'Accord sur les ADPIC qui envisage la protection des informations sensibles devant la justice, au sein des articles 42 et 43. L'article 42, qui traite des procédures loyales et équitables, prévoit que « la procédure comportera un moyen d'identifier et de protéger les renseignements confidentiels », tandis que l'article 43 souhaite garantir, dans les cas appropriés, que les éléments de preuve bénéficieront de « la protection des renseignements confidentiels ».

En somme, « dans une économie de plus en plus dématérialisée et ouverte, cette protection accrue des secrets d'affaires pourrait conduire paradoxalement à favoriser leur communication en circuit fermé entre des partenaires commerciaux ou industriels distants les uns des autres, favorisant ainsi l'innovation en Europe »<sup>38</sup>, dans un cadre sécurisé permettant la conception et l'exploitation des idées innovantes en réseau<sup>39</sup>. À ce titre, la Commission européenne envisage « la protection des secrets d'affaires comme un instrument destiné à favoriser leur transmission »<sup>40</sup>.

Ainsi, l'entreprise pourra opter plus facilement pour la communication de ses informations confidentielles « à des cocontractants auxquels elle désire en transmettre la connaissance, à charge pour

---

37. Le considérant 25 de la directive peut nous donner un bon aperçu : « Parmi ces règles devraient figurer, au minimum, la possibilité de restreindre le cercle des personnes habilitées à avoir accès aux éléments de preuve ou aux audiences, en gardant à l'esprit que toutes ces personnes devraient être soumises aux obligations de confidentialité énoncées dans la présente directive, et la possibilité de publier uniquement les éléments non confidentiels des décisions de justice. Dans ce cadre, étant donné que l'évaluation de la nature des informations faisant l'objet d'un litige est une des principales finalités des procédures judiciaires, il est particulièrement important de veiller à assurer à la fois la protection effective du caractère confidentiel des secrets d'affaires et le respect du droit des parties à ces procédures de bénéficier d'un recours effectif et d'accéder à un tribunal impartial. [...] ».

38. Lapousterle 2016, *supra* note 34 à la p 1072.

39. Jean Lapousterle, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », [2014] *Recueil Dalloz* 682 (Lapousterle 2014).

40. *Ibid.*

eux aussi de les garder secrètes »<sup>41</sup>. En choisissant de partager leur savoir-faire entre elles et, bien entendu, en utilisant des contrats spécifiques entourant la « non-divulgation »<sup>42</sup>, les entreprises pourront, *in fine*, faire des partenariats économiques. De cette manière, le régime procuré par les secrets commerciaux pourra permettre à l'inventeur de pouvoir valoriser son invention<sup>43</sup>, de diverses façons. C'est sans doute pourquoi certains vont jusqu'à dire que, sans le secret des affaires, on mettrait fin à l'industrie, aux services et à l'économie<sup>44</sup>. Cette conception économique, conférée par le secret des affaires, est partagée par une partie de la doctrine, dont l'auteur Jean-Christophe Galloux<sup>45</sup>.

À la vue de l'ensemble de ces éléments, on comprend à quel point la sécurité des entreprises est devenue un enjeu international majeur.

## 2. UNE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES S'EXPLIQUANT POUR DES RAISONS SÉCURITAIRES

Il est clair que la directive de l'Union européenne souhaite mettre un terme à la mosaïque juridique qui entourait jusqu'alors les secrets d'affaires, afin d'offrir aux entreprises un socle juridique commun. Elle tend également à garantir aux entreprises qu'en cas de vol ou d'acquisition/utilisation illégale du secret commercial, elles auront droit à plusieurs voies de recours :

L'Europe, comme d'autres régions du monde, est confrontée à un espionnage industriel et économique de plus en plus important. Une partie de ses savoir-faire et de ses innovations sont volés, détournés, contrefaits, par des entités économiques qui se trouvent aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'UE. Légiférer permettra de lutter contre ces appropriations illégales, mais aussi d'envoyer un message fort au reste du

---

41. Pierre Martin, *Le secret des affaires en droit français* (Paris, Dédales, 2009) à la p 16.

42. Laure Marino, *Droit de la propriété intellectuelle* (Paris, Thémis droit, 2013) à la p 21.

43. Bien que ne bénéficiant ni d'un droit exclusif, ni d'une protection en droit de la propriété intellectuelle, l'inventeur pourra valoriser son invention, lui conférant, donc, de nombreux avantages : Jacques Raynard, « Retour sur le savoir-faire non breveté » dans *Liber amicorum G. Bonet* (Paris, LexisNexis, IRPI, 2010), à la p 447.

44. Roger-Pol Droit, « Dangereuse Transparence » [26 octobre 2011], Les Echos, en ligne : <[www.lesechos.fr/26/10/2011/LesEchos/index.htm?page=1](http://www.lesechos.fr/26/10/2011/LesEchos/index.htm?page=1)>.

45. Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information » [1994], *D. Chronique* 229.

monde, montrant la volonté des Européens de protéger leurs découvertes.<sup>46</sup>

## 2.1 Une garantie supplémentaire en cas de vol ou d'acquisition/utilisation illégale du secret d'affaires

Parallèlement, la directive européenne vise à garantir et prémunir les entreprises contre l'espionnage industriel et économique qui menace leurs secrets d'affaires<sup>47</sup>. Constance Le Grip explique qu'il s'agit de « lutter contre l'espionnage économique et industriel, le pillage dont sont victimes nos entreprises européennes, protéger notre innovation et notre recherche, défendre notre compétitivité européenne, tels sont les principaux objectifs »<sup>48</sup>.

Les menaces proviennent, en effet, de partout, comme le démontre une étude sur l'augmentation des vols de données, menée par le cabinet KPMG, qui a révélé « qu'en 2010, plus de 15 millions de personnes dans le monde ont été victimes de pertes ou de vols d'informations. Ces vols proviennent davantage de la malveillance à l'intérieur de l'entreprise (21 %) que du vol d'ordinateurs (15 %) ou du piratage informatique (12 %) »<sup>49</sup>. Un rapporteur de la directive le confirme, en affirmant que chaque année, une entreprise européenne sur cinq serait touchée par le vol de ses secrets d'affaires<sup>50</sup>.

46. Cité par Isabelle Marchais, « Le Grip : "La directive sur les secrets d'affaires offrira aux entreprises un socle juridique commun" » [10 janvier 2016], L'Opinion, en ligne : <<http://www.lopinion.fr/edition/international/grip-directive-secrets-d-affaires-offrira-aux-entreprises-socle-94335>>.

47. Le considérant 9 explique la problématique qui s'y rapporte : « En outre, les risques sont plus élevés pour les entreprises dans les États membres ayant des niveaux de protection comparativement plus faibles, car il est plus facile d'y voler des secrets d'affaires ou de les y obtenir autrement de façon illicite. Cela entraîne une répartition inefficace, au sein du marché intérieur, des capitaux à destination des activités innovantes qui sont de nature à renforcer la croissance, étant donné le surcoût que représentent les mesures de protection visant à compenser l'insuffisance de la protection juridique dans certains États membres. Cela favorise aussi l'activité de concurrents déloyaux qui, après avoir obtenu des secrets d'affaires de façon illicite, pourraient diffuser dans le marché intérieur les biens résultant de cette obtention ».

48. Mathilde Golla, « La directive européenne sur le « secret des affaires » fait polémique », (26 avril 2016), Le Figaro, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/societes/2016/04/26/20005-20160426ARTFIG00018-la-directive-europeenne-sur-le-secret-des-affaires-fait-polemique.php>> (Golla).

49. *Ibid.*

50. Parlement européen, *Secrets d'affaires : protéger les entreprises et le droit à l'information*, Session plénière, Communiqué de presse, Industrie, 14 avril 2016, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/20160407IPR21787/secrets-d'affaires-protéger-les-entreprises-et-le-droit-à-l'information>>.

Ceci peut s'avérer problématique puisqu'« une entreprise victime de fuite d'informations sensibles peut voir son activité en pâtir, perdre des appels d'offres ou voir un rival venir la concurrencer sur les marchés où elle s'affichait jusqu'alors en pointe. Une compétitivité érodée qui peut se traduire finalement par des licenciements »<sup>51</sup>. Toutes les structures sont touchées, des PME aux plus grosses entreprises.

De ce fait, la directive prévoit dans ses articles 3 et 4 les obtentions, utilisations et divulgations licites et illicites de secrets d'affaires, afin de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale se justifie<sup>52</sup> et où la notion de « consentement » des détenteurs de secrets d'affaires prévaut. Ces deux articles exposent donc les principes entourant la licéité et l'illicéité des pratiques entourant l'obtention de secrets d'affaires, sans pour autant recourir à une liste exhaustive. Par exemple, l'article 3 fait valoir que lorsque le secret d'affaires a été obtenu par le biais d'une découverte ou d'une création indépendante, l'obtention sera jugée licite. Tel ne sera pas le cas, cependant, d'un accès non autorisé à un document, comme l'expose l'article 4.

En ce sens, l'article 4 de la directive prévoit que les détenteurs de secrets d'affaires peuvent demander « l'application de mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de leurs secrets d'affaires. »

En réalité, le fait de pouvoir désormais compter sur un arsenal juridique propre à l'Union européenne représente, pour beaucoup, la meilleure solution, comme l'a notamment mentionné l'ancien président du Parlement européen, Martin Schulz. Même si ce dernier ne se dit pas satisfait par ce texte à 100 %, il reste « rassuré par le fait que les risques soient considérablement minimisés »<sup>53</sup>. Un avis partagé par Manuel Valls<sup>54</sup>, en vue de protéger « le capital économique de nos entreprises et de lutter contre l'espionnage industriel »<sup>55</sup>. Bien entendu, les sanctions doivent être appropriées.

---

51. Perrine Crequy, « La proposition de loi sur l'intelligence économique est déposée », (janvier 2011), Le Figaro, en ligne : <<http://blog.lefigaro.fr/crequy/2011/01/la-proposition-de-loi-sur-lintelligence-economique-est-deposee.html>>.

52. Comme le souligne le considérant 15 de la directive : « Il est également important de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale du secret d'affaires se justifie. Pour cette raison, il est nécessaire de déterminer quels comportements et pratiques doivent être réputés constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires ».

53. Golla, *supra* note 48.

54. Homme politique français.

55. Renaud Lecadre, « Secret des affaires : la fuite en avant », (29 janvier 2016), Libération, en ligne : <<http://www.liberation.fr/france/2016/01/29/secret-des->

## 2.2 Un pouvoir de sanction approprié

Si l'autre problème concernait les sanctions, comme le démontre l'affaire française *Michelin*<sup>56</sup>, on prévoit, dans l'article 6 de la directive, des mesures « justes et équitables » qui ne doivent « pas être inutilement complexes ou coûteuses », mais plutôt « effectives et dissuasives »<sup>57</sup>. L'article 7 instaure en ce sens des mesures proportionnées, voulant à tout prix éviter les procédures abusives.

Le Parlement a également tenu à garantir que si les recours juridiques seront facilités pour les entreprises afin d'obtenir réparation sur le vol ou la divulgation/acquisition illégale de leurs secrets d'affaires, ces règles n'ont pas pour but d'entraver le travail des journalistes. D'ailleurs, face à la controverse entourant le projet de directive, la Commission européenne avait modifié le texte afin de rassurer l'opinion publique et d'apporter les garanties souhaitées pour « préserver la liberté d'informer, tout en maintenant l'objectif initial »<sup>58</sup>. La liberté d'expression et d'information aura donc vocation à être protégée<sup>59</sup>.

Bien que la directive serve de pilier, ce sera aux États membres d'apporter, dans leurs propres législations, les précisions nécessaires entourant la protection effective des secrets d'affaires des entreprises<sup>60</sup> ainsi que celles préservant la liberté d'expression et d'information.

---

affaires-la-fuite-en-avant\_1429925>.

56. Olivier de Maison Rouge, « L'affaire Michelin fera-t-elle jurisprudence en matière d'espionnage industriel ? », (5 mai 2010), en ligne : <<http://www.ielovepme.com/strategie/428-laffaire-michelin-fera-t-elle-jurisprudence-en-matiere-despionnage-industriel-.html>>.

57. En ce sens, le considérant 32 de la directive fait valoir que : « L'efficacité des mesures, des procédures et des réparations dont peuvent bénéficier les détenteurs de secrets d'affaires pourrait être affaiblie en cas de non-respect des décisions adoptées en la matière par les autorités judiciaires compétentes. C'est pourquoi il est nécessaire de veiller à ce que ces autorités disposent de pouvoirs de sanction appropriés ».

58. Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 4<sup>e</sup> éd (Paris, LGDJ, 2016) à la p 394.

59. Parlement européen, *Secrets d'affaires : protéger les entreprises et le droit à l'information, Session plénière, Communiqué de presse, Industrie*, 14 avril 2016, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/20160407IPR21787/secrets-d'affaires-protéger-les-entreprises-et-le-droit-à-l'information>>.

60. Alexandre Broutart, « Secret des affaires : le sujet qui fâche la France et l'Europe », (29 avril 2016), Clubic, en ligne : <<http://www.clubic.com/pro/technologie-et-politique/actualite-804226-secret-affaires-france-face-europe.html>>.

Mais, dans cette lutte pour la protection des actifs des entreprises, des voix s'élèvent contre des mesures jugées trop « drastiques » :

S'il convient sans doute d'étendre, au-delà des nombreuses mesures existantes, la protection des intérêts des entreprises contre l'espionnage industriel, l'usurpation de procédés techniques et l'obtention illicite de leurs données stratégiques commerciales et financières, cela ne justifie pas que soit imposé le silence.<sup>61</sup>

En ce sens, certains estiment que, derrière le processus d'élaboration de la directive, se cachent les intérêts des puissantes multinationales : « Il s'agit de consacrer l'idée que le secret des affaires doit être la règle, et l'accès à l'information sur la vie des entreprises, l'exception »<sup>62</sup>.

## CONCLUSION

Entre secret et divulgation, une tension permanente traverse en fait notre époque, plus intensément qu'aucune autre. Nos moyens de tout surveiller, de recouper les informations, de pisser les trajectoires se démultiplient. La nécessité de préserver l'anonymat, la vie privée, les secrets personnels ou industriels devient à la fois plus impérieuse et plus malaisée à mettre en œuvre. On se prend à rêver d'un nouvel art de la dissimulation, d'une sorte de cachotterie bien tempérée. Quelques règles de base pourraient y présider. Cesser de croire, par exemple, que toute occultation cache un acte délictueux. Il y a bien évidemment des ombres légitimes et des opacités vertueuses. Il ne serait pas malvenu de nous souvenir que le secret a ses vertus.<sup>63</sup>

Derrière le secret d'affaires se cachent des enjeux économiques et sécuritaires nécessaires pour les entreprises, d'autant plus devant un droit positif si fragmenté. Il était, en effet, important que les

61. Dominique Schmidt, « Secret des affaires et liberté d'expression » [2015] *Recueil Dalloz* 369.

62. Olivier Petitjean, « Secret des affaires : comment les lobbies économiques orchestrent la régression de l'Europe », (5 mai 2015), Bastamag, en ligne : <<http://www.bastamag.net/Secret-des-affaires-comment-les-lobbies-economiques-orchestrent-la-regression>>.

63. Roger-Pol Droit, « Dangereuse transparence », dans Les Echos, n° 21046 du 26 octobre 2011, dans Olivier de Maison Rouge, « Du secret professionnel au secret des affaires », (29 mars 2016), Demaisonrouge-avocats, en ligne : <<http://demaisonrouge-avocat.com/2016/03/29/du-secret-professionnel-au-secret-des-affaires/>>.



entreprises bénéficient d'un socle juridique commun au sein de l'Union européenne, afin d'en percevoir les effets bénéfiques, par la suite, sur le marché intérieur.

Dans cette protection du secret des affaires, « c'est tant l'appréhension non autorisée du secret que son détournement qui se trouvent ici proscrits. De plus, dans toutes ces hypothèses, l'usage illicite ne sera caractérisé que si l'agent a agi intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave »<sup>64</sup>.

On peut donc faire « le constat d'une grande souplesse »<sup>65</sup> dans cette caractérisation des actes illicites où, plutôt que de recourir à « une énumération limitative et contraignante de comportements étroitement définis »<sup>66</sup>, la Commission européenne a choisi d'adopter une approche plus large, un peu à l'image de ce que disait Portalis dans son discours préliminaire au Code civil français (1804) : « la loi ne peut tout prévoir, et ne le doit pas, sous peine de figer l'évolution des règles »<sup>67</sup>.

---

64. Lapousterle 2014, *supra* note 39 à la p 682.

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*

67. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 (Paris, Joubert, 1844). Le discours a été prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil français a été promulgué le 21 mars 1804.

