



## Quelle protection pour les secrets d'affaires au sein de l'Union européenne? Observations du CEIPI sur la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées

*Jean Lapousterle, Christophe Geiger, Norbert Olszak et Luc Desaunettes\**

*En novembre 2013, la Commission européenne a publié une proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires). Ce texte, amendé une première fois par le Conseil en mai 2014, est entré à présent dans sa phase législative, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen ayant proposé fin juin 2015 une version amendée. Le Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI), institut universitaire dédié à l'enseignement et la recherche de la propriété intellectuelle, s'intéresse de très près aux questions soulevées par cette proposition ; pour cette raison, le Centre entend soumettre un certain nombre d'observations à destination du législateur de l'Union européenne.*

Secrets d'affaires et propriété intellectuelle entretiennent des relations étroites et anciennes, le recours au secret pouvant par exemple représenter une alternative ou un complément à un dépôt de brevet<sup>1</sup>. Cette imbrication explique la présence de dispositions afférentes aux informations non-divulguées au sein de l'accord ADPIC<sup>2</sup> et le rôle moteur actuellement joué

---

\* Jean Lapousterle est Professeur à l'université de Strasbourg et membre du Laboratoire de recherche du CEIPI ; Christophe Geiger est Professeur à l'université de Strasbourg, directeur général et directeur du Laboratoire de recherche du CEIPI ; Norbert Olszak est Professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne et membre associé du Laboratoire de recherche du CEIPI ; Luc Desaunettes est doctorant au CEIPI et à la LMU et membre du Laboratoire de recherche du CEIPI. Ce texte a été envoyé à la Commission européenne le 4 déc. 2015.

<sup>1</sup> Voir, sur ce point, J.-C. Galloux, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », in C. Geiger et C. Roda (coord.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Collection du CEIPI, Lexis Nexis, 2014, p. 129 et s.

<sup>2</sup> Section 7 de l'accord ADPIC visant la protection des renseignements non divulgués (Art. 39). Sur le périmètre de la protection accordée, voir. J. de Werra, in : Ch. Geiger (dir.), *Le droit international de la propriété*

par l'unité de lutte contre la contrefaçon et le piratage de la Commission européenne dans la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires)<sup>3</sup>. La Commission européenne, constatant la grande hétérogénéité des protections accordées aux secrets d'affaires au sein de l'Union, relève ainsi qu'il en résulterait une fragmentation du marché intérieur particulièrement préjudiciable aux entreprises. Cet état de fait réduirait les incitations à innover comme la compétitivité des détenteurs de tels secrets, légitimant ainsi une démarche d'harmonisation<sup>4</sup>.

Dans le même temps, le législateur français a également manifesté un grand intérêt pour cette problématique, comme en témoigne l'adoption, en première lecture, de la proposition de loi Carayon par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012 qui entendait instituer une protection pénale des secrets d'affaires<sup>5</sup>. Par la suite, et à la faveur de l'alternance politique, une nouvelle proposition de loi relative à la protection du secret des affaires a été publiée le 16 juillet 2014, avec l'objectif de proposer une double protection, à la fois civile et pénale, des secrets d'affaires<sup>6</sup>. Ce dispositif a finalement été repris au sein du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (projet de loi Macron), avant d'être abandonné, en janvier 2015, suite à la forte mobilisation de journalistes français soucieux d'échapper à l'application d'un texte perçu comme une potentielle entrave à leur travail d'enquête et une menace quant à la protection de leurs sources<sup>7</sup>.

---

*intellectuelle lié au commerce : L'accord ADPIC, 20 ans après*, Collection du CEIPI, 2016 (à paraître) ; D. Gervais, « Protection of Undisclosed Information », in *The Trips Agreement : Drafting History and Analysis*, 4<sup>e</sup> éd., Sweet and Maxwell, 2012, n° 2.477 ; N. P. de Carvalho, *The Trips Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Kluwer Law International, 2008, p. 189 ; J. Busche/ P.T. Stoll, *Schutz nicht offenbarter Informationen*, in : *TRIPs, internationales und europäisches Recht des Geistiges Eigentums*, Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 557.

<sup>3</sup> 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 illicites, COM(2013) 813 final, 28 novembre 2013. Voir, sur ce texte, J.-M. Garinot, L'Union européenne au secours du secret des affaires, *Dr. & patr.* 2014, n° 232, p. 20 ; T. Aplin, « A critical evaluation of the proposed EU Trade Secrets Directive », *Intellectual Property Quarterly*, 2014, No. 4, p. 262 ; T. Cook, « The proposal for a Directive on the Protection of Trade Secrets in EU Legislation », *Journal of Intellectual Property Rights*, 2014, Vol. 19(1), p. 54 ; S. Nuno Sousa, « What exactly is a trade secret under the proposed directive? », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, p. 923 ; L. G. Vaqué, Secret d'affaires: l'urgente nécessité d'adopter une directive face à l'inefficacité de l'application de l'accord sur les ADPIC, *RDUE* 2015, Vol. 3, p. 347 ; V. Falce, « Trade Secrets – Looking for (Full) Harmonization in the Innovation Union », *IIC* 2015, p. 940.

<sup>4</sup> Exposé des motifs de la Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires), p. 5 et s.

<sup>5</sup> Proposition de loi n° 3985 visant à sanctionner la violation du secret des affaires, adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale, le 23 janvier 2012.

<sup>6</sup> Proposition de loi n° 2139 relative à la protection du secret des affaires, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 16 juillet 2014.

<sup>7</sup> Pétition « Secret des affaires : informer n'est pas un délit », *Le monde*, 28 janvier 2015.

Pour autant, si la dynamique législative semble avoir été provisoirement enrayée à l'échelon national, elle n'en poursuit pas moins sa trajectoire en droit de l'Union. Ainsi, le texte initialement publié par la Commission européenne le 28 novembre 2013, a été ultérieurement amendé par le Conseil de l'Union européenne en mai 2014, avant d'être soumis à la Commission des affaires juridiques du Parlement européen qui vient d'en proposer une nouvelle version le 22 juin 2015<sup>8</sup>. Dans son contenu, la proposition de directive souligne, à la suite de la plupart des Etats européens, la claire différence de nature existant entre la protection des secrets d'affaires et les droits de propriété intellectuelle<sup>9</sup>. D'autre part, le législateur européen envisage une protection purement civile des secrets d'affaires, l'harmonisation pénale ayant été jugée trop complexe à mettre en œuvre en raison de la différence des fondements juridiques impliqués (article 83(2) du TFUE pour un texte pénal) et potentiellement trop déstabilisatrice de l'ordonnement juridique des différents Etats membres<sup>10</sup>. Il est également probable que l'échec passé des tentatives d'harmonisation des sanctions pénales du droit de la propriété intellectuelle au sein de l'Union ait découragé le législateur européen de s'engager dans cette voie<sup>11</sup>, ayant été un des points qui avait suscité le plus de débats lors des discussions autour du projet d'« Accord commercial anti-contrefaçon » (ACTA) dont on se souvient qu'il avait été rejeté par le Parlement européen avec une grande majorité en juillet 2012<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Rapport 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), (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD), 22 juin 2015.

<sup>9</sup> Le dixième considérant de la proposition de directive précise, sans équivoque, que « dans l'intérêt de l'innovation et de la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires ». Voir, sur ce point, J. Lapousterle, Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 684.

<sup>10</sup> V. l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, SWD(2013) 472 final, p. 61 et s. Le considérant 9 quater proposé par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen précise que « la présente directive ne prévoit pas de mesures pénales à l'encontre des personnes qui obtiendraient, utiliseraient ou divulgueraient illicitement un secret d'affaires. Elle est dès lors sans préjudice du droit des États membres de compléter ce volet civil et commercial par un volet pénal. Ceci étant, les États membres devraient respecter toutes les sauvegardes énoncées par la directive, lorsqu'ils rédigent de telles mesures, afin de garantir un équilibre adéquat entre protection du secret d'affaires et liberté d'entreprise, d'expression ou d'information ».

<sup>11</sup> On se souviendra que l'harmonisation en matière de sanctions pénales de la contrefaçon n'a jusqu'à présent pas réussi à aboutir en raison d'une forte opposition rencontrée, notamment au sein du Parlement européen, vis-à-vis du projet de directive proposé, en la matière, par la Commission européenne, résistance ayant finalement abouti au retrait du texte par la Commission le 18 septembre 2010. Voir sur la question Ch. Geiger (dir), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2012.

<sup>12</sup> Ch. Geiger, Quelle mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle au niveau international ? Retour sur l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA): *Propr. intell.* 2012, n° 43, p. 201.

Dotée d'un vaste champ d'application et ambitieuse quant aux mesures, procédures et réparations proposées, la proposition de directive relative aux secrets d'affaires soulève d'après débats. En écho aux objections qui s'étaient exprimées en France, ces points de friction renvoient, d'une part, au périmètre de la protection envisagée qui pourrait apparaître trop large (I) et, d'autre part, à la quête d'une protection équilibrée (II).

## **I. Le périmètre de la protection envisagée**

La définition des secrets d'affaires conditionne étroitement la détermination des bénéficiaires de la protection, le type d'informations visées pouvant avoir pour effet d'évincer certaines catégories de bénéficiaires. A cet égard, en dépit du cadre commun fourni par l'Accord ADPIC, les Etats membres de l'Union européenne ont retenu des approches divergentes. En effet, un certain nombre de formulations insistent sur le rattachement à l'entreprise des secrets d'affaires ou sur le préjudice qui résulterait pour cette dernière de leur appréhension non- autorisée. Dans ce sens, la proposition de loi soumise par le député Bernard Carayon, entendait sanctionner pénalement « l'atteinte au secret des affaires des *entreprises* ». Empruntant une approche similaire, certaines législations (notamment suédoise et bulgare) définissent les secrets d'affaires comme des informations en lien avec une activité commerciale, voire ajoutent une référence explicite à l'entreprise, à l'instar des législateurs polonais slovaque et allemand.<sup>13</sup>

A l'inverse, il est intéressant d'observer qu'aucun rattachement à l'entreprise ne figure au sein de la proposition de directive qui reprend la définition des secrets d'affaires figurant au sein de l'accord ADPIC et retient que le détenteur de secret d'affaires s'entend de « toute personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un secret d'affaires ». Quelques indications supplémentaires ressortent toutefois des considérants de la directive, le premier d'entre eux mentionnant, au nombre des bénéficiaires de la protection, « les entreprises et les organismes de recherche non commerciaux », tandis que le 8<sup>ème</sup> considérant précise que la définition des secrets d'affaires « devrait être construite de façon à couvrir les informations commerciales, les informations technologiques et les savoir-faire lorsqu'il existe un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité ».

---

<sup>13</sup> Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Baker & McKenzie, Avril 2013, p. 24 et s. Pour le droit allemand : Art. 17 de la loi sur la concurrence déloyale (UWG).

Ce choix délibéré du législateur européen d'opter pour une définition large des bénéficiaires de la protection, déconnectée de toute référence à l'entreprise, peut s'expliquer par diverses raisons telles que la volonté de protéger les secrets d'affaires durant la phase qui précède la constitution d'une entreprise, les difficultés rencontrées pour définir l'entreprise ou encore le souhait d'étendre la protection aux personnes morales de droit public. Il n'en soulève pas moins de légitimes interrogations quant au champ d'application de la protection envisagée.

En effet, si la protection des secrets des organismes de recherche apparaît sans conteste nécessaire, force est de constater que rien n'exclut, en l'état actuel du projet de directive, son application au bénéfice de particuliers s'estimant dépossédés de secrets dotés d'une valeur économique<sup>14</sup>. Comme l'a relevé le professeur Tanya Aplin, des célébrités pourraient ainsi parfaitement songer à se prévaloir de la protection nouvellement instituée en alléguant de la valeur commerciale des informations à caractère privé les concernant<sup>15</sup>.

L'étude des travaux préparatoires entourant l'adoption de la proposition de directive révèle une tentation d'explicitier le sens à donner au critère de « valeur commerciale » qui aurait pour corollaire un cantonnement du champ d'application du texte. C'est ainsi en faveur d'un certain recentrage de la protection que s'est prononcé le Conseil en suggérant d'ajouter la précision suivante au sein du 8<sup>ème</sup> considérant de la proposition de directive : « Ces informations ou savoir-faire devraient en outre avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces informations ou savoir-faire ont une valeur commerciale, en particulier dans la mesure où leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter préjudice aux intérêts de la personne qui en a licitement le contrôle en ce qu'elle nuit à son potentiel scientifique et technique, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité à faire face à la concurrence ». Allant encore plus loin, le projet d'avis de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement Européen a proposé de réserver le bénéfice de la protection aux seules informations dotées d'une « grande valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes et que leur divulgation porterait gravement atteinte à l'intérêt économique légitime de la personne qui en a licitement le contrôle »<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> S. Nuno Sousa, « What exactly is a trade secret under the proposed directive? », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, p. 923.

<sup>15</sup> T. Aplin, « A critical evaluation of the proposed EU Trade Secrets Directive », *Intellectual Property Quarterly*, 2014, n° 4, p. 262 ; également S. Nuno Sousa, *op.cit.*, p. 928.

<sup>16</sup> Projet d'avis de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, 2013/0402(COD), 17 décembre 2014, p. 6 et s.

A cet égard, le CEIPI estime préférable une délimitation rigoureuse du champ d'application de la protection envisagée<sup>17</sup>. En effet, une approche trop compréhensive des bénéficiaires de la protection et du type d'informations visées risquerait de s'avérer contre-productive en créant des interférences avec d'autres corps de règles (protection de la vie privée<sup>18</sup> ou du secret professionnel). Pour être acceptée et conserver une réelle efficacité, la protection des secrets d'affaires doit, comme son nom l'indique, conserver un certain ancrage dans la vie des affaires. Elle doit également respecter une exigence d'équilibre.

## **II. La quête d'une protection équilibrée**

La protection des secrets d'affaires soulève d'importantes controverses à l'échelon européen comme à l'échelon national. En effet, cette initiative se heurte à de fortes résistances émanant notamment de journalistes et de représentants syndicaux qui dénoncent, à l'unisson, une construction déséquilibrée susceptible de porter atteinte à la liberté d'expression ou à la liberté de travailler. Au-delà des postures adoptées par les partisans (chantres du patriotisme économique alarmés par le pillage généralisé des secrets européens) et les adversaires (prompts à dénoncer les dérives liberticides et le risque de censure) d'une telle protection, c'est à la quête d'une protection équilibrée que renvoient ces débats. Ainsi, la recherche d'un équilibre s'impose avec certains droits et libertés fondamentaux<sup>19</sup> (A). En outre, une conciliation efficace du secret et du principe du contradictoire en cours de procès apparaît comme un enjeu majeur de la présente proposition de directive (B).

### **A. La protection des secrets affaires à l'épreuve de la conciliation avec certains droits et libertés fondamentaux**

---

<sup>17</sup> Voir, sur le champ d'application très large de ce texte, J. Lapousterle, « La protection civile des secrets d'affaires : bilan d'étape », in E. Py et J.-M. Garinot (dir.), *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives*, Lexis Nexis, 2015, p. 108 et s.

<sup>18</sup> A cet égard, il est intéressant de noter qu'au Royaume-Uni, la protection juridique des secrets des affaires et des informations personnelles est assurée au titre d'une seule et même action dite « breach of confidence » : v. L. Bently, B. Sherman, « Confidential information », *Intellectual property law*, 4<sup>ème</sup> ed., Oxford University Press, 2014, p. 1137 et s.

<sup>19</sup> Dans cet esprit, le considérant 23 de la proposition de directive précise d'ailleurs que celle-ci « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et d'information, la liberté professionnelle et le droit de travailler, la liberté d'entreprise, le droit de propriété, le droit à une bonne administration, à l'accès au dossier et au respect du secret des affaires, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et les droits de la défense ».

Les controverses et polémiques précitées ont permis d'identifier différents détenteurs de droits et libertés qui pourraient être négativement affectés par la protection des secrets d'affaires. Journalistes et lanceurs d'alertes ont ainsi exprimé des craintes au regard de la liberté d'expression (1°), tandis que certains syndicats se sont inquiétés des répercussions de l'initiative sur la liberté du travail des salariés (2°). Passée davantage inaperçue, l'articulation de la protection des secrets d'affaire et du droit de divulgation dont disposent les auteurs d'œuvres de l'esprit n'en demeure pas moins une source potentielle de conflit (3°).

### **1°) La conciliation avec la liberté d'expression**

Dotée d'une valeur constitutionnelle (art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et conventionnelle (art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), la liberté d'expression appelle une conciliation avec la protection des secrets d'affaires<sup>20</sup>. A cet égard, la proposition de directive prend soin d'interdire le prononcé de mesures, procédures et réparations lorsque l'appréhension ou le détournement du secret d'affaires découle de « l'usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information » ou fait suite à « la révélation d'une faute, d'une malversation ou d'une activité illégale du requérant, à condition que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation présumée du secret d'affaires ait été nécessaire à cette révélation et que le défendeur ait agi dans l'intérêt public »<sup>21</sup>. Le rapport adopté par la Commission juridique du Parlement européen suggère, au demeurant, de renforcer les garanties instituées au bénéfice des journalistes et des lanceurs d'alertes en précisant, dès l'article premier de la proposition, que ce texte « n'affecte pas la liberté et le pluralisme des médias tels que consacrés à l'article 11, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux » et en écartant l'application des mesures, procédures et réparations détaillées au sein de la proposition de directive lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation présumée du secret d'affaires est inspirée par « la protection de l'intérêt général ou de tout autre intérêt légitime, reconnu par le droit de l'Union et le droit national et par la pratique judiciaire » (art 4 e)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ch. Geiger, « Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property », in P. Torremans (dir.), *Intellectual Property and Human Rights*, 3<sup>e</sup> éd., Kluwer Law International, 2015, p. 115 (spéc. p. 150).

<sup>21</sup> Art. 4.2 a) et b) de la proposition de directive. V. également les mesures de sauvegardes prévues aux articles 10.2 et 12.1 de la proposition, selon lesquels les Etats membres doivent veiller à ce que les autorités judiciaires prennent en compte « les incidences que la décision de faire droit à la demande ou de la rejeter pourrait avoir sur ces parties, sur les intérêts légitimes des tiers, sur l'intérêt public et sur la protection des droits fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'information ».

<sup>22</sup> Voir également l'adjonction suggérée des considérants 12 bis et 12 ter poursuivant le même objectif.

Même s'il est permis de s'interroger sur l'opportunité de faire référence à la notion de « malversation », dénuée de contours juridiques précis, on constate que la liberté d'expression des journalistes et des lanceurs d'alertes bénéficie d'une consécration expresse qui témoigne de l'esprit de conciliation et des précautions prises par la Commission européenne<sup>23</sup>. Au demeurant, la protection conférée fait écho à celle dont ils bénéficient déjà, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, en vertu d'une jurisprudence particulièrement fournie de la Cour européenne des droits de l'homme qui leur reconnaît le droit de porter à la connaissance des citoyens, à certaines conditions, des informations contribuant à un débat d'intérêt général<sup>24</sup>. Dans ce cadre, les condamnations prononcées à l'encontre de journalistes sur le fondement d'un texte dédié à la protection des secrets d'affaires sont considérées par la Cour comme autant d'ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression qui doivent, pour être admises, répondre à un ou plusieurs des buts légitimes mentionnés à l'art 10§2 et s'avérer nécessaires dans une société démocratique<sup>25</sup>. Au nombre des objectifs justifiant que soient apportées des limites à la liberté d'expression figurent certes les mesures nécessaires pour « empêcher la divulgation d'informations confidentielles »<sup>26</sup>, mais il ressort de la jurisprudence de la Cour que « dans le contexte de la liberté de la presse, l'article 10§2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général »<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Il faut noter que la référence explicite à la liberté d'expression et d'information directement dans le corps du texte du projet de directive est assez inédite, ces droits fondamentaux étant en général inclus uniquement dans les considérants. L'importance de cette question peut être illustrée au regard de l'affaire Lux Leaks, qui a vu, à la suite de ses révélations, le journaliste Edouard Perrin, être poursuivi pénalement au Luxembourg pour violation du secret des affaires.

<sup>24</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> édition, Puf, 2012, n° 337 et s. Au nombre des conditions posées figure l'exigence, pour le journaliste se prévalant de la liberté d'expression, d'agir « de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique ». Au sujet des lanceurs d'alerte, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a également considéré que des agents de la fonction publique « peuvent être amenés, dans l'exercice de leur mission, à prendre connaissance d'informations internes, éventuellement de nature secrète, que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier » et que « la dénonciation par de tels agents de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances », Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c/ Moldavie*, § 72.

<sup>25</sup> Voir, pour des décisions intéressant le recel de violation du secret professionnel, Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*; ou encore l'infraction de publication de « débats officiels secrets », Grande chambre de la Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c/ Suisse*.

<sup>26</sup> Article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Parmi les restrictions à la liberté d'expression du §2 figurent également la protection des droits d'autrui, ce qui pose la question d'une éventuelle protection des secrets d'affaires par le droit de propriété protégé par l'article 1 du Premier protocole de la Conv. EDH ou l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux. Une telle approche en termes de propriété ne semble cependant pas avoir été retenue par la proposition de directive, v. en ce sens T. Aplin, « Right to Property and trade secrets », in Ch. Geiger (dir), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 437.

<sup>27</sup> Cour EDH, 16 octobre 2012, *Smolorz c/ Pologne*, § 30.

En définitive, les dispositions précitées de la proposition de directive paraissent respectueuses de la liberté d'expression et conformes à la jurisprudence protectrice développée, en la matière, par la Cour européenne des droits de l'homme. A cet égard, le grief formulé par certains suivant lequel le texte présenté présenterait des dangers, le caractère de la divulgation n'étant apprécié « qu'après coup », peut apparaître quelque peu excessif<sup>28</sup>. Dans l'hypothèse considérée, il faut, en effet, rappeler que la preuve de l'appropriation non autorisée du secret d'affaires repose sur le demandeur. Dès lors, il est légitime que, une fois cette preuve rapportée, la charge de la preuve pèse sur le défendeur, auquel il incombe de démontrer l'intérêt public servi par la révélation et la proportionnalité de celle-ci. Une telle démonstration s'effectuant à l'occasion d'un procès, devant un juge garant des libertés individuelles, elle intervient nécessairement « après-coup », ce qui n'a nullement pour effet de laisser sans protection les journalistes et les lanceurs d'alertes<sup>29</sup>.

## **2°) La conciliation avec la liberté du travail des salariés**

Les anciens salariés représentent, bien souvent, le vecteur de la divulgation non-autorisée des secrets d'affaires<sup>30</sup>. Pour parer à ce risque, les détenteurs de secrets d'affaires ont recours à des clauses de confidentialité ou à des clauses de non concurrence dont les conditions de validité n'ont pas été harmonisées en Europe<sup>31</sup>. Mais, dans le même temps, les travailleurs bénéficient d'une liberté du travail qu'il convient de préserver et qui constitue un facteur non négligeable pour l'innovation (dont la promotion est le but affiché de la directive) : un travailleur changeant d'entreprise sera, en effet, susceptible de contribuer, par l'apport de son savoir, à la création de nouvelles synergies<sup>32</sup>.

C'est à la recherche d'une telle conciliation que s'attèle le 8<sup>ème</sup> considérant de la proposition

---

<sup>28</sup> Secret des affaires : une dangereuse directive européenne, Tribune signée par une coalition d'ONG, Médiapart, 23 mars 2015.

<sup>29</sup> Voir sur le sujet A. Linkenheld, Directive secrets d'affaires : une meilleure protection de l'innovation à assurer dans le respect des droits fondamentaux, Rapport d'information n° 2856, Commission des affaires européennes de l'Assemblée Nationale, juin 2015, p. 18..

<sup>30</sup> Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Baker & McKenzie, Avril 2013, p. 128.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 39 et s. L'hétérogénéité des conditions de validité de ces clauses n'est cependant pas nécessairement une spécificité du marché intérieur de l'Union européenne. A titre d'exemple, en raison de l'absence de compétence fédérale en la matière aux Etats-Unis, on assiste également à une très forte divergence entre leurs régimes d'un Etat à l'autre.

<sup>32</sup> A ce titre, il est intéressant de noter que les clauses de non-concurrence ne sont pas applicables dans l'Etat de Californie. Pour certains auteurs, ce facteur a été déterminant dans l'éclosion de la Silicon Valley : voir M. Motta, T. Roende, « Trade Secret Laws, Labour Mobility and Innovations », 2002, CEPR Discussion Paper N° 3615, p. 28.

de directive en cours d'examen, aux termes duquel la définition du secret d'affaires « ne devrait pas être étendue aux connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et à celles qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui traitent habituellement le type d'informations en question ou leur sont aisément accessibles ». Or, si cette clé de résolution du conflit peut présenter, en théorie, une apparence de clarté, elle n'en soulève pas moins d'importantes difficultés lorsqu'il s'agit d'effectuer la distinction, en pratique, entre ce qui relève des secrets d'affaires protégés ou des compétences professionnelles acquises par un salarié.

L'examen de la proposition de directive a révélé l'importance de cette question et suscité des propositions d'amendement<sup>33</sup>. Le texte initialement publié par la Commission européenne prétendait régler cette difficulté au moyen du 8<sup>ème</sup> considérant précité, mais subordonnait, par ailleurs, la caractérisation des actes illicites à la démonstration d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave. En proposant de supprimer cet élément subjectif, le Conseil a ouvert la voie à un accroissement des poursuites pouvant être engagées à l'encontre des salariés en les privant de la possibilité d'exciper de leur bonne foi. Toutefois, sans doute désireux de contrebalancer cette rigueur, il a prévu, à l'article 13.1 de la proposition de directive, que « conformément à leurs législations et pratiques nationales, les Etats membres peuvent limiter l'obligation des travailleurs de verser des dommages-intérêts à leur employeur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires de l'employeur, si lesdits travailleurs n'ont pas agi intentionnellement ». Ainsi, la bonne foi du travailleur ne serait plus envisagée au stade de la caractérisation de l'atteinte mais comme un élément pondérateur dans le calcul des dommages-intérêts.

Comme l'ont observé certains commentateurs, le Conseil semble ainsi abandonner aux Etats membres le soin de réglementer l'après-contrat de travail et d'encadrer le recours aux clauses de confidentialité et de non-concurrence, entérinant ainsi l'absence d'harmonisation sur cette question pourtant dotée d'une importance pratique considérable<sup>34</sup>. Cependant, il pourrait

---

<sup>33</sup> Ainsi, le rapport adopté par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen suggère de réaffirmer, dans le corps même de la directive (article 1.2 d) et article 3 bis), le principe de la distinction précitée tout en insistant, au travers de ses considérants, sur la nécessité d'éviter la création d'obstacles à la mobilité de la main-d'œuvre (2<sup>ème</sup> et 12<sup>ème</sup> considérants).

<sup>34</sup> Voir, dressant ce constat tout en considérant que l'effort d'harmonisation aurait pu s'avérer excessivement ambitieux, R. Knaak, A. Kur et R. M. Hilty, « Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposal of the European Commission for a Directive on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure of 28 November 2013, COM (2013) 813 Final », *IIC*, 2014, p. 953

s'avérer insuffisant de laisser aux Etats membres la possibilité de « limiter » l'étendue de la réparation due par le salarié, notamment dans le cas où l'obligation de conserver certaines informations secrètes, tout en ayant fait l'objet de dispositions raisonnables de la part du détenteur, était ignorée du salarié. Loin d'être marginale, une telle situation pourrait survenir en présence de mesures de protection anciennes, adoptées avant le recrutement du salarié concerné, ou lorsque lesdites mesures n'ont pas été portées à la connaissance de l'ensemble des travailleurs (pourquoi pas intérimaires ?) de façon suffisamment explicite<sup>35</sup>.

Dans ces hypothèses intermédiaires, ne serait-il pas préférable d'exclure clairement l'existence d'une appréhension ou d'un détournement illicite de secret d'affaires en l'absence de faute intentionnelle ou de négligence grave ? De cette façon, et sans avoir pour cela à procéder à l'harmonisation des clauses post-contractuelles, la distinction affirmée au 8<sup>ème</sup> considérant entre les connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et les secrets d'affaires pourrait être plus efficacement garantie.

### **3°) La conciliation avec le droit de divulgation des auteurs d'œuvres de l'esprit**

En droit français, l'auteur d'une œuvre de l'esprit bénéficie, « du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »<sup>36</sup> qui comporte des attributs d'ordre patrimonial et moral. Or, au nombre des droits moraux, figure le droit de divulgation en vertu duquel l'auteur « a seul le droit de divulguer son œuvre », d'en déterminer le procédé de divulgation et de fixer les conditions de celle-ci (article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle). Ainsi, un conflit pourrait survenir dans l'hypothèse où un créateur salarié prétendrait divulguer son œuvre tandis que son employeur s'y opposerait au nom de la préservation des secrets d'affaires de l'entreprise<sup>37</sup>.

A titre d'illustration, la réponse apportée à cette question *de lege lata* ne fait guère de doute en droit français: en l'absence d'une œuvre collective ou logicielle soumises à des régimes dérogatoires, l'article L. 111-1 al 3 du Code de la propriété intellectuelle pose le principe

---

<sup>35</sup> Voir, en ce sens, J. Lapousterle, *op.cit.*, p. 123.

<sup>36</sup> Art. L. 111-1 al 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>37</sup> Voir, soulevant cette difficulté, T. du Manoir de Juaye, A propos de la proposition de loi sur le secret des affaires du 16 juillet 2014, *RLDI*, octobre 2014, p. 70.

suyant lequel « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa ». En conséquence, le contrat de travail apparaît neutre du point de vue de la dévolution des droits qui demeurent sur la tête du salarié créateur. Ce dernier bénéficie donc pleinement de ses droits moraux, au nombre desquels figure le droit de divulgation précité. Au surplus, l'inaliénabilité dudit droit étant d'ordre public, le créateur salarié ne peut y renoncer de façon préalable et générale par contrat<sup>38</sup>.

En définitive, au regard du droit français, la protection des secrets d'affaires ne saurait donc tenir en échec le droit de divulgation reconnu au bénéfice des créateurs, fussent-ils salariés.<sup>39</sup>

La proposition de directive s'abstient, quant à elle, de prendre position sur cette question sensible. Il est vrai que les droits moraux ayant échappé, dans leur ensemble, à l'effort d'harmonisation, les approches retenues au sein de l'Union divergent fortement.

Toutefois, le 28<sup>ème</sup> considérant de la proposition de directive publiée par la Commission européenne indique que « les mesures adoptées afin de protéger les secrets d'affaires contre l'obtention, la divulgation et l'utilisation illicites ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines tels que les droits de propriété intellectuelle, le respect de la vie privée, l'accès aux documents et le droit des contrats. Cependant, en cas de chevauchement entre le champ d'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil et le champ d'application de la présente directive, cette dernière prévaut en tant que *lex specialis* ».

Même si la directive 2004/48/CE ne concerne que les « mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle », la préséance donnée à la protection des secrets d'affaires peut surprendre : pourquoi, en effet, faire prévaloir dans la conciliation un dispositif dont le champ d'application paraît beaucoup plus large et moins délimité que celui du droit de la propriété intellectuelle<sup>40</sup>? Loin de s'imposer, le 28<sup>ème</sup> considérant pourrait être mobilisé au soutien d'interprétations défavorables aux titulaires de droits de propriété

---

<sup>38</sup> Art. L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle. Se pose dans ce cas la question du sort des clauses de confidentialité qu'auraient souscrites le salarié. Les réponses risquent fortement de diverger en Europe en fonction de la place accordée au droit moral au sein de la législation nationale.

<sup>39</sup> A l'inverse, dans les pays de tradition de Common-law, l'employeur et non l'employé est considéré comme étant l'auteur de l'œuvre, créée dans le cadre d'un contrat de travail (work for hire). Le droit allemand présente une solution intermédiaire, puisqu'il prévoit dans le cadre d'un contrat de travail, que l'employeur puisse exercer le droit de divulgation, sur les œuvres réalisées dans le cadre de ce contrat. Voir not. U. Loewenheim, G. Schriker, *Urheberrecht Kommentar*, 4<sup>ème</sup> éd., C.H. Beck, 2010, § 43, n° 73.

<sup>40</sup> J. Lapousterle, *op.cit.*, p. 124.

intellectuelle. Il conviendrait, nous semble-t-il, de renverser la perspective en affirmant, au contraire, que la protection des secrets d'affaires ne saurait prévaloir sur les droits reconnus au bénéfice des auteurs, inventeurs et de leurs ayants cause.

### **B. La préservation des secrets d'affaires en cours de procès**

Les détenteurs de secrets d'affaires victimes d'une divulgation ou d'un détournement de ces derniers font face à un dilemme cornélien : divulguer publiquement, pour les besoins de la procédure, le secret prétendument détourné en prenant le risque d'en éventer encore davantage le contenu ou perdre leur procès faute d'avoir suffisamment étayé leurs prétentions. Cette question revêt un intérêt essentiel dans la perspective de l'harmonisation recherchée, près d'un tiers des entreprises ayant renoncé à agir en justice suite à la divulgation ou au détournement de leurs secrets d'affaires expliquant ce choix par leur refus d'avoir à divulguer encore davantage ces derniers en cours de procès<sup>41</sup>.

Afin de remédier à cette difficulté, la Commission européenne avait inséré, dans sa proposition de directive, un article 8 qui garantissait la protection des secrets d'affaires en cours de procédure judiciaire d'une façon particulièrement énergique. En effet, après avoir rappelé la nécessité, pour toute personne participant à une procédure judiciaire, de s'abstenir de toute divulgation ou utilisation d'un secret d'affaires auquel elle aurait eu accès, l'article 8.2 reconnaissait aux juges saisis d'une demande en ce sens le pouvoir d'adopter des mesures spécifiques de protection des secrets d'affaires permettant :- « de restreindre, en tout ou en partie, l'accès à tout document contenant des secrets d'affaires qui a été soumis par les parties ou par des tiers ; - de restreindre l'accès aux audiences lorsque des secrets d'affaires sont susceptibles d'y être divulgués ; - de mettre à disposition une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ».

Le texte spécifiait également que les autorités judiciaires pouvaient réserver aux seuls représentants légaux des parties et experts agréés (à l'exclusion des parties) le droit de prendre connaissance de certains éléments de preuve impliquant des secrets d'affaires ou même, dans des circonstances exceptionnelles, l'accès à l'audience<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Baker & McKenzie, Avril 2013, p. 145 ; le droit français apparaît par ailleurs particulièrement démunie face à ces problématiques : v. J.M. Garinot, *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2013, p. 161-175.

<sup>42</sup> Si ce mécanisme peut apparaître comme novateur, il reprend en réalité les prémisses d'une procédure développée par le Landgericht de Düsseldorf pour les contentieux en contrefaçon de brevet. Cette dernière vise

Pour autant, cet article était-il suffisamment respectueux des droits de la défense ? Corollaire du droit à un procès équitable, le principe du contradictoire (art 6 de la CEDH, principe fondamental du droit de l'Union européenne) implique ainsi « le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision »<sup>43</sup>. De même, une protection accrue des secrets en cours de procès pourrait contrevenir au principe de la publicité des débats (art 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6§1 CEDH)<sup>44</sup>.

Soucieux de parvenir à une meilleure conciliation avec ces garanties processuelles fondamentales, le Conseil a souhaité restreindre la portée de l'article 8 de la proposition de directive. Ainsi, dans la dernière version amendée par ce dernier, toute restriction à l'accès aux documents ou aux audiences ne peut intervenir que pour autant « qu'au moins une personne de chaque partie, son avocat ou représentant dans la procédure et les intervenants des tribunaux aient pleinement accès » auxdits documents ou audiences. Mais le débat est loin d'être clos, car les principes précités ne revêtent pas une portée absolue et supportent des tempéraments. A titre d'illustration, la Cour européenne des droits de l'homme, pourtant peu encline à tolérer des atteintes au droit à un procès équitable, a ainsi admis que le principe du contradictoire « n'implique pas que le débat ait lieu sur toute pièce produite mais seulement sur celles susceptibles d'avoir une incidence sur l'issue du litige »<sup>45</sup>. Dans le même sens, les textes consacrant le principe de publicité des débats sont assortis d'exceptions, notamment « dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale » (art. 6§2 CEDH). Sans préjuger de l'orientation qui sera finalement retenue par le législateur européen, la reformulation de l'article 8 de la proposition de directive suggérée par le Conseil paraît davantage respectueuse du principe du contradictoire et, à cet égard, digne d'approbation.

---

en effet à concilier l'efficacité de l'action en saisie-contrefaçon et la protection de l'intérêt légitime du défendeur quant à la sauvegarde de ses secrets d'affaires. Pour une brève description de la procédure : Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Baker & McKenzie, Avril 2013, p. 34 ; Pour une discussion approfondie, v. M.R. McGuire, « Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind? », *GRUR*, 2015, p. 424 et s.

<sup>43</sup> Cour EDH, 27 mars 1998, J. J. c/ Pays-Bas, § 43.

<sup>44</sup> Comp. notamment sur le périmètre du droit à un procès équitable dans le cadre de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, J. Griffiths, « Enforcement of intellectual property rights and the right to a fair trial », in Ch. Geiger (dir), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, préc., p. 438 ; R. Knaak, A. Kur et R. M. Hilty, « Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposal of the European Commission for a Directive on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure of 28 November 2013, COM (2013) 813 Final, *op. cit.*, p. 953, point. 47.

<sup>45</sup> F. Sudre, *op. cit.*, n° 259. Consulter également, sur les limites du principe du contradictoire, L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>ème</sup> éd., Puf, 2013, n° 185 et s.

Seuls des éléments dénués d'incidence sur l'issue du litige devraient pouvoir échapper au débat contradictoire entre les parties.

\*\*\*\*\*

La protection des secrets d'affaires apparaît comme une question particulièrement sensible, au carrefour de plusieurs droits et libertés fondamentaux.

Pour cette raison, l'adoption d'une protection harmonisée des secrets d'affaires au sein de l'Union européenne devrait reposer sur un équilibre fondé sur deux principes simples : le champ d'application du texte doit, d'une part, être suffisamment délimité de façon à demeurer un outil au service de la vie des affaires. La proposition de directive doit, d'autre part, sauvegarder efficacement les droits et libertés fondamentaux qui risqueraient d'être négativement affectés par son adoption. C'est à ce prix que le présent dispositif trouvera sa place dans l'ordonnement juridique.