*Intervention au colloque CRDP (Univ. Lille) /CEIPI (Univ. Strasbourg), Paris, 1er avril 2016*
*(parution in J. Lapousterle & B. Warusfel, La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes, Coll. Ceipi, Lexis Nexis, 2017, pp. 2-14)*

# Les enjeux juridiques et politiques de la protection des secrets d'affaires

par Bertrand WARUSFEL, *Professeur à l'Université Lille 2, avocat au barreau de Paris*

## Introduction

Le secret d'affaires n'est pas inconnu en droit français, mais il ne dispose ni d'une définition unifiée ni d'aucune protection légale, à l'exception – très limitée - de l'incrimination de la violation du secret de fabrique.

En revanche c'est depuis longtemps un sujet de débats intenses. Non seulement parce que les juristes y ont vu la possibilité d'élargir le périmètre de la protection par la propriété intellectuelle mais aussi parce que cet objet juridique émergent a été identifié comme pouvant constituer un bon instrument pour une intelligence économique défensive.

Au moment de saluer l'adoption de la directive européenne du 8 juin 2916 sur le sujet et d'en étudier les objectifs et les dispositions, il est intéressant de resituer les enjeux juridiques et politiques de cette consécration des secrets d'affaires, ne serait-ce que pour éclairer quelque peu les choix qui seront ceux du législateur français lors de sa prochaine transposition.

## 1/ Le secret d'affaire considéré comme complément à la propriété intellectuelle

Les années soixante et soixante-dix ont été une période très féconde en matière de propriété intellectuelle. La convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 a notamment posé les bases d'un rapprochement des législations de brevet en Europe qui aboutira à la Convention de Munich du 5 octobre octobre 1973 et à la création du brevet européen. Mais on se souvient moins qu'à la même époque a commencé à émerger la question de la protection des secrets d'entreprise dans la doctrine et chez les praticiens.

Ainsi s'exprimait à Paris Giovanni Agnelli – figure proéminente de l'industrie européenne - lors d'un colloque de la Chambre de commerce internationale le 15 octobre 1968 :

> *« il me semble urgent et nécessaire que la matière même du know-how soit réglementée sur le plan juridique. Il s'agit, je le sais, d'un problème délicat et complexe, d'autant plus que sur la définition même du know-how, les opinions divergent mais il est hors de doute que le know-how est désormais devenu quelque chose de concret : une forme de propriété industrielle qui doit être juridiquement protégée dans l'utilisation de plus en plus répandue qui en est faite ».*

Ce travail juridique a été en partie réalisé dans la thèse que François Magnin rédigea à l'Université de Dijon en 1971 [1]. A la même époque, Jean-Marc Mousseron commence aussi à

[1] François Magnin, *Know-how et propriété industrielle*, thèse Université de Dijon, 1971 (publication : Litec, 1974).

s'intéresser à la protection du savoir-faire [2]. Puis c'est sur la protection du secret industriel qu'Alain Casalonga, conseil en brevet, rédigea sa contribution aux Mélanges Bastian en 1974[3].

A travers ces différents travaux ressort l'idée que le secret d'entreprise (et particulièrement le secret industriel) constitue un complément naturel aux droits de propriété industrielle et qu'il aurait un intérêt à en faire l'objet d'une protection juridique voisine. Un rapport du commissariat du Plan pouvait notamment écrire à ce sujet que

> *« Cette logique de complémentarité concerne aussi le secret des affaires, ce qui conduit à souligner que ledit secret est de moins en moins crédible comme stratégie principale de protection des inventions – alors qu'il a pu l'être par le passé, dans certains secteurs – et est de plus en plus utilisé en alternance ou en parallèle aux outils formels du droit de la propriété intellectuelle »* [4]

Il est vrai que, par plusieurs aspects, le secret complète ou remplace le droit de propriété industrielle, qu'il s'agisse de la protection en amont d'un dépôt (que la pratique de l'enveloppe Soleau, mise en œuvre par l'INPI, permet de faciliter), du savoir-faire que l'inventeur va conserver par devers-lui parallèlement à son brevet [5], du secret sur un procédé de fabrication qu'il préfèrera parfois garder plutôt que de le breveter (en comptant sur les difficultés techniques de l'ingénierie inverse [6]) ou encore de la pratique des « licences » ou des « cessions » de savoir-faire, qui s'est développée par transposition des contrats de propriété industrielle. Enfin, l'infraction pénale de violation du « secret de fabrique » (aujourd'hui réprimée par l'article L. 1227-1 du Code du travail [7]) a été généralement considérée, en jurisprudence, comme protégeant en particulier l'innovation technique potentiellement brevetable [8].

Cette vision convergente des secrets d'affaires avec la propriété intellectuelle a trouvé son débouché naturel dans l'article 39 de l'accord ADPIC en 1994 qui, par son existence même et sa place dans un tel instrument international de propriété intellectuelle, atteste de ce rapprochement.

---

[2] Jean-Marc Mousseron, « Aspects juridiques du know-how », *JCP*, Ed. E, 1972, pp. 1-14.

[3] Alain Casalonga, « La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel », *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, 1974. Quatre ans plus tard, on peut relever encore un article sur le sujet parmi les travaux de la conférence d'agrégation de droit privé (M. Cremieux, *«Le secret des affaires»* in *L'information en droit privé,* sous la direction de Y. Loussouarn & P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 481).

[4] Rémy Lallement, « Propriété intellectuelle, innovation et développement des PME en France », *La Revue de l'Ires*, 2009/3, n° 62, p. 232.

[5] Sur l'articulation classique entre brevet et secret, voir notamment Cora-Lynne Soler, Analyse économique de l'arbitrage entre brevet et secret, thèse Université Lyon 2, 2001.

[6] Sur la problématique et les limites de l'ingénierie inverse, en particulier dans le contexte numérique, voir notamment Matthieu Dhenne & Bertrand Warusfel, « La propriété intellectuelle face à l'ingénierie inverse", *Propriétés intellectuelles*, janvier 2016, n°58, pp. 20-32.

[7] Repris à l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle.

[8] Voir notamment Corine Van den Bussche, « La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires », *Petites Affiches*, 13 novembre 1995, n° 136. Plus récemment, la Chambre criminelle a défini le secret de fabrique comme *« un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents »*, validant l'arrêt d'appel qui avait retenu que *« la machine outil présente une réelle originalité et que la complexité et le degré d'élaboration sont certains au regard des documents fournis et de la technicité mise en œuvre »* (Cass. crim., 19 septembre 2006, n° 05-85.360).

Mais par prudence et pour tenir compte des divergences importantes qui subsistaient entre les différents États à ce sujet, les dispositions de ce texte se gardent bien de définir les secrets d'affaire (d'ailleurs pudiquement dénommés « renseignements non divulgués ») comme constituant des droits de propriété intellectuelle. Elles leur donnent comme seul rattachement l'exigence de protection contre la concurrence déloyale prévue à l'article 10bis de la Convention de Paris et font dépendre leur protection de l'effectivité de leur caractère secret, de leur valeur commerciale et de l'existence de mesures raisonnables prises pour leur protection.

En retenant de tels critères de protection, qui ne s'attachent pas aux aspects qualitatifs ou formels de l'objet protégé, comme le fait généralement le droit de la propriété intellectuelle, mais surtout à sa valeur économique, les ADPIC ont choisi la voie d'une protection sui generis, que l'on pourrait plutôt rattachement à notre notion de « droits voisins ».

Cette orientation était d'ailleurs assez cohérente avec celle de la propriété intellectuelle à la même période, à savoir la recherche de nouveau instruments permettant d'étendre indirectement le périmètre de protection à des domaines jusqu'alors exclu de l'application des droits classiques de propriété intellectuelle [9]. Pensons à la tentative inaboutie soutenue en 1992 en France par Xavier Desjeux en faveur des « créations réservées », ou plus doctrinalement, à la thèse de Mireille Buydens sur la protection de la quasi-création [10]. En droit positif, l'exemple le plus célèbre (bien que controversé [11]) en fut certainement l'institution, par la directive du 11 mars 1996, du fameux droit *sui generis* des producteurs de base de données, qui – là aussi – complétait la potentielle protection par le droit d'auteur par un droit visant uniquement à préserver la valeur économique de la base de données et en prenant en compte un critère tenant uniquement aux efforts déployés par le producteur de la base et non à la valeur intrinsèque de celle-ci.

Mais ce mouvement doctrinal et légal en faveur d'une extension des droits intellectuels par le biais d'une reconnaissance d'une protection spéciale des secrets d'affaires a été renforcé par une autre évolution, venue plus particulièrement des milieux d'affaires et de certaines administrations publiques, et qui visait particulièrement le renforcement de la sécurité économique des entreprises [12]. En France, ce mouvement né dans les années quatre-vingt dix, s'est cristallisé autour du concept aussi flou qu'attractif d' « intelligence économique ». D'une certaine manière, c'est l'alliance conjoncturelle entre la propriété intellectuelle et cette intelligence économique qui a permis – malgré les réticences et les oppositions – de faire finalement reconnaître par le législateur européen la protection juridique des secrets d'affaires.

[9] Pour une synthèse en ce sens, voir en particulier Frédéric Belot, « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *Petites affiches,* 6 décembre 2006, n° 243, p. 6.
[10] Mireille Buydens, *La protection de la quasi-création*, Larcier, Bruxelles, 1993.
[11] Voir notamment Bertrand Warusfel, "La protection des bases de données : divergences et débats juridiques", in Philippe Barbet & Isabelle Liotard (dir.) *Sociétés de l'information : enjeux économiques et juridiques*, L'Harmattan, 2006, pp. 179-204.
[12] Pour une approche de la question telle qu'on pouvait la percevoir à l'époque, voir notre article : "Intelligence économique et sécurité de l'entreprise", *Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 24, 2ème trimestre 1996 (republié par *Problèmes économiques*, décembre 1996).

**2/ Le secret d'affaires comme outil de l'intelligence économique**

Comme souvent dans ces matières de droit et d'économie de l'immatériel, c'est des États-Unis qu'est sans doute venu le signal précurseur sous la forme d'une législation fédérale adoptée en octobre 1996, l' « Economic Espionage Act of 1996 ».

Adopté sous l'administration Clinton, sous la pression notamment de l'influente ASIS (Americain Society for Industrial Security), ce texte visait à pénaliser au niveau fédéral non plus seulement les formes classiques d'espionnage (qui s'en prennent aux informations politiques, militaires ou diplomatiques protégées au titre de la sécurité nationale américaine) mais toutes les formes d'espionnage économique exercées à l'encontre d'entreprises privées américaines et que cela soit le fait d'entreprises ou d'États étrangers [13].

En jetant, en quelque sorte, un pont entre la protection des secrets publics et celles des secrets privés, la loi Cohen (du nom du sénateur qui l'avait présenté) arriva à point nommé pour faire avancer la perception que l'on pouvait avoir, de l'autre côté de l'Atlantique, en matière de renseignement et de sécurité économique.

Il faut en effet se remettre dans le contexte particulier de la première moitié de la décennie quatre-vingt dix. La disparition de l'URSS sur le plan politico-stratégique d'un côté et les avancées de la déréglementation et de l'ouverture des marchés (via le marché unique européen et les accords de l'OMC) de l'autre, ont déplacé les zones de menaces : en lieu et place d'un risque militaro-stratégique, beaucoup théorisent (et veulent pratiquer) la « guerre économique » [14]. Par ailleurs, les spécialistes du renseignement d'État longtemps mobilisés contre la menace soviétique commencent à se reconvertir en direction du renseignement privé et cherchent à transposer leurs techniques d'espionnage ou de contre-espionnage dans le champ de l'intelligence économique (terme français assumant indirectement – et par l'intermédiaire d'un jeu de mots linguistique – la liaison avec les pratiques de renseignement)[15].

Mais si la première approche officielle de ce nouveau concept en 1994 (dans le rapport du groupe de travail du Plan présidé par Henri Martre) intégrait bien la nécessaire *« préservation du patrimoine de l'entreprise »*, elle en ignorait largement la dimension juridique. En effet, pour conjurer publiquement tout risque d'encouragement de pratiques clandestines illicites, le rapport Martre affirmait simplement que toutes les actions d'intelligence économique étaient nécessairement *« menées légalement »* :

> *«l'intelligence économique peut être définie comme l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de traitement et de distribution, en vue de son exploitation, de l 'information utile aux acteurs économiques. Ces diverses actions sont menées légalement avec toutes les garanties de protection nécessaires à la préservation du*

[13] Pour une traduction et un premier commentaire : Bertrand Warusfel, "La loi américaine sur l'espionnage économique", *Droit & Défense*, 1997/1, p. 64.
[14] Voir notamment comme témoin de cette approche, Dominique Fonvielle, *De la guerre… économique – Une méthode de raisonnement tactique pour les décideurs*, PUF, 2002.
[15] Sur les origines intellectuelles et sociologiques de l'intelligence économique française, voir la thèse d'Hélène Masson, *Les fondements politiques de l'intelligence économique*, thèse, Université Paris XI, 2001.

> *patrimoine de l 'entreprise, dans les meilleures conditions de qualité, de délais et de coût. »* [16]

Dès lors, cette présumée « légalité » intrinsèque de l'intelligence économique aurait pu dissuader ses promoteurs d'inclure les instruments juridiques dans leur panoplie. Ce n'est d'ailleurs que progressivement qu'apparurent les premiers travaux juridiques dans le domaine [17]. Mais l'adoption du *Cohen Act* par les États-Unis en 1996 fut l'un des évènements qui firent évoluer les esprits d'une part en montrant que la création d'un nouvel instrument juridique pouvait s'intégrer dans une politique nationale d'intelligence économique et d'autre part, en ciblant spécifiquement la protection des secrets d'entreprise.

On en vit rapidement la répercussion en France. Dès son premier rapport (classifié) de décembre 1996, le nouveau Comité pour la compétitivité et la sécurité économique (CSCE) préconisa en effet de développer, en droit français, la protection du secret d'entreprise, au titre de la dimension défensive de l'intelligence économique [18]. Mais c'est surtout le rapport parlementaire confié en 2003 au député du Tarn Bernard Carayon sur « Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale » qui reprit et développa la recommandation de « *créer un droit du secret des affaires, à caractère civil et/ou pénal* » [19] :

> *« La France ignore le secret des affaires. Il s'agit d'une grave lacune pour la protection du patrimoine des entreprises. Celles-ci sont dépositaires d'un nombre considérable d'informations dont l'addition représente le véritable patrimoine de l'entreprise. … rien d'aussi cohérent et efficace, par exemple, que la législation américaine en la matière née du Cohen Act. »*

Restée sans réponse, cette proposition ne fut pas pour autant enterrée. Lorsque le système français d'intelligence économique fut modernisé et qu'Alain Juillet (homme d'entreprise mais aussi ancien directeur du renseignement à la DGSE) devint le premier délégué interministériel en charge du domaine, il confia à Claude Mathon, avocat général à la Cour de cassation, une mission d'études sur le sujet de la protection des secrets d'affaire, qui – sans surprise – a conclu à la nécessité de consacrer législativement le secret des affaires. Son rapport final proposait de créer une responsabilité civile spéciale qui découlerait de tout acte d'utilisation non autorisée « *d'une information confidentielle concernant l'activité d'une entreprise* » [20].

---

**16** *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, rapport, Commissariat général du plan, 1994. Le rapport de présentation du décret du 1er avril 1995 (pris dans la suite directe du rapport Martre) fut sans ambiguïté sur ce point : *« Ces actions sont conduites de façon non clandestine et dans un strict respect de la légalité. Elles se distinguent donc clairement des activités de renseignement. »* (Rapport au Président de la République relatif au décret n° 95-350 du 1er avril 1995 portant création d'un comité pour la compétitivité et la sécurité économique).

[17] Voir notamment Bertrand Warusfel, "Intelligence économique et droit", *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 140, novembre 1995, "Intelligence économique et pratiques juridiques", *Revue d'intelligence économique*, octobre 1999, n°5, pp. 68-79 ; Thibault du Manoir de Juaye, *Le droit de l'intelligence économique*, Litec, 2007 ; Romain Dumas, *Intelligence économique d'entreprise*, Fr. Lefebvre, 2011 ; Olivier de Maisonrouge, *Le droit de l'intelligence économique : patrimoine informationnel et secret d'affaires*, Lamy, 2012.

[18] Voir notamment Xavier Leonetti, *État, entreprises, intelligence économique, quel rôle pour la puissance publique ?* , thèse, Université Aix-Marseille, 2008, p. 207.

[19] Proposition n° 18 du rapport *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, La Documentation française, 2003, p. 47.

[20] Proposition 11 du rapport *La protection du Secret des Affaires : Enjeux et propositions*, SGDN, 17 avril 2009.

Il est vrai qu'au delà même de la simple défense du patrimoine informationnel des entreprises privées, l'adoption d'une loi protectrice des secrets d'affaire pourrait également remplir deux autres objectifs de la politique nationale d'intelligence économique.

Tout d'abord, il s'agit de rechercher à renforcer indirectement l'arsenal juridique de lutte contre les différentes formes d'espionnage économique et technologique, et ce y compris lorsqu'il s'exercerait à l'initiative d'autres États. Si en effet le nouveau code pénal a prévu de protéger pénalement parmi les *« intérêts fondamentaux de la nation »* les *« éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique »* (article 410-1 CPen), il s'est avéré qu'en pratique il était presque impossible de réprimer comme relevant de la trahison ou de l'espionnage une simple violation de secrets d'entreprise, y compris lorsque la victime est une société ayant une position concurrentielle importante sur la marché mondial. C'est ainsi que dans une affaire de tentative de détournement de secret industriel assez emblématique et jugée en 2010, le tribunal correctionnel n'a pas suivi le juge d'instruction et les avocats de la société Michelin qui poursuivaient l'ancien ingénieur indélicat sur le fondement de l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation [21]. L'adoption d'un « Cohen Act à la française » [22] pourrait de ce point de vue renforcer les possibilités de protection de la puissance économique nationale [23].

D'autre part, et plus indirectement, la définition d'un secret des affaires devrait contribuer à fixer une limite implicite aux pratiques de collecte d'informations mises en œuvre par les professionnels de l'intelligence économique, et donc à définir les contours des activités de renseignement privé. Il faut savoir en effet que le Conseil constitutionnel a censuré en 2011 une disposition du projet de loi de programmation pour la sécurité intérieure (dite « Lopsi 2 ») qui soumettait à autorisation (sous peine de sanctions pénales) les activités privées de sécurité consistant *« dans la recherche et le traitement d'informations sur l'environnement économique, social, commercial, industriel ou financier d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales »* [24]. Dès lors que la réglementation *ex ante* n'était plus possible, seule une sanction efficace de la collecte non autorisée des informations confidentielles de la concurrence pourrait indirectement – et comme en creux – fixer la frontière du périmètre des activités licites d'intelligence économique, et donc de renseignement privé.

Pour toutes ces raisons, le sujet a été successivement remis au premier rang de l'actualité dans ces dernières années au travers de deux propositions de loi, émanant – ce qui ne doit pas surprendre dans ces domaines assez transversaux qui touchent les questions de sécurité –

[21] TGI Clermont-Ferrand, ch. corr., 21 juin 2010, commentaire Michel Véron, « Espionnage ou simple abus de confiance ? », *Droit pénal*, n° 11, novembre 2010, comm. 116.

[22] Utiliser une infraction de droit commun pour poursuivre un acte d'espionnage économique au profit d'un État ou d'une organisation étrangère serait en effet conforme à la logique du législateur américain du *Cohen Act* qui *« a choisi d'extrapoler son dispositif contre l'espionnage économique d'Etat à partir de la protection des secrets d'affaire (soit une approche de bas en haut). Tout le contraire de la démarche française qui, avec le concept des intérêts fondamentaux de la nation, a tenté d'élargir la protection des secrets de l'État vers le bas »* (B. Warusfel, 1997, précité).

[23] La recherche d'un tel instrument – intermédiaire entre la protection de droit privé et la répression pénale de l'espionnage ou de la trahison – est une problématique ancienne déjà sous-jacente dans le nouveau Code pénal en 1992 (voir B. Warusfel, « Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation », in *Industrie, technologie et défense*, Centre Droit et Défense / Documentation française, 1993, pp. 125-154).

[24] Le Conseil constitutionnel a censuré le projet d'article 33-13 du projet de loi, estimant que cette définition « des activités susceptibles de ressortir à l'intelligence économique » ainsi que l'objectif visé par cette réglementation étaient trop imprécis pour respecter le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines (Conseil Constitutionnel, décision n° 2011–625 DC du 10 mars 2011, cons. n° 76).

alternativement des deux majorités politiques que se sont succédées.

Ce fut tout d'abord la proposition de loi présentée par le député de droite Bernard Carayon qui fut voté en première lecture à l'Assemblée nationale en janvier 2012. Fortement inspirée par la délégation interministérielle à l'intelligence économique, elle avait deux caractéristiques principales : d'une part, elle ne comportait qu'un volet pénal (alors que les travaux antérieurs – y compris son propre rapport d'information de 2003 - évoquait l'intérêt d'avoir une double protection civile et pénale, comme en matière de propriété intellectuelle) ; mais d'autre part, elle prévoyait que les « mesures de protection spécifiques » dont la mise en œuvre conditionnerait l'application de la loi seraient « déterminées par décret en Conseil d'État ». Il s'agissait, ni plus ni moins, que de confier à la puissance publique la responsabilité de déterminer règlementaire les contours de ce que l'on a appelé (par symétrie avec le confidentiel-défense) le « confidentiel entreprises » [25].

Critiquée sur ces deux aspects [26], la proposition de loi Carayon ne fut pas reprise par la mandature suivante. Pour autant, le nouveau président de la Commission des lois, Jean-Jacques Urvoas souhaita, à son tour, retravailler le sujet et déposa à son tour une nouvelle proposition de loi en juillet 2014 [27].

A la différence du projet Carayon, le dispositif de protection avait été conçu d'emblée avec deux volets : l'un civil et l'autre pénal, partageant une définition commune des secrets protégés. Cette définition était également plus proche de celle donnée par l'article 39 ADPIC déjà cité.

Mais ce dernier texte ne fut jamais adopté. Transformé en un amendement destiné à venir s'intégrer dans la future loi dite « Macron », il rencontra une forte hostilité de certaines journalistes ainsi que d'organisations de protection des libertés individuelles, ce qui conduisit à son retrait en janvier 2015 [28]. Il est vrai que, par ailleurs, se confirmait la volonté de la Commission d'adopter au niveau européen une directive d'harmonisation. Dès lors, le débat national allait se déplacer de l'opportunité d'adopter une législation protectrice des secrets d'affaire vers la transposition de ce qui allait devenir la directive 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.

---

[25] Voir notamment « La D2IE aux avant-postes de la fuite d'information. La création du « confidentiel entreprises » », *Sécurité et stratégie*, mars 2011, n° 5, p. 15-24.

[26] Voir notamment l'intervention de J.-J. Urvoas lors des débats à l'Assemblée nationale, séance unique du lundi 23 janvier 2012.

[27] Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, Assemblée nationale, 14ème législature, document n° 2139, 16 juillet 2014.

[28] Le rapporteur Richard Ferrand justifiait ainsi son retrait : *« La protection du secret des affaires portée par cet article est un enjeu majeur pour nos entreprises. La compétitivité économique de notre pays et la protection de nos savoir-faire nécessitent une réflexion approfondie afin de permettre d'avancer sur ce sujet. Au cours des derniers jours, des craintes ont été exprimées sur les conséquences de l'application du présent article par différents acteurs, journalistes, syndicalistes et lanceurs d'alerte. (…) Il convient cependant de travailler dans la sérénité et de progresser en matière de protection du secret des affaires après une concertation élargie à toutes les parties prenantes »* (Assemblée nationale, projet de loi sur la croissance et l'activité – n° 2498, 30 janvier 2015, amendement n° SPE6).

## 3/ Quelques enjeux de la transposition en droit français

La transposition de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 ne va pas être uniquement un exercice de légistique visant à trouver la meilleure manière d'incorporer la nouvelle protection des secrets d'affaire au sein de notre droit national. Elle va être également l'occasion de tenter de satisfaire, par un seul texte, aux deux objectifs que nous avons rappelés et qui depuis plusieurs décennies attisaient le débat national autour des secrets d'affaires.

S'agissant de compléter la protection de la propriété intellectuelle par un droit voisin prenant en compte la valeur économique des informations confidentielles protégées par les entreprises, les dispositions de la directive devraient assez facilement satisfaire à ce premier objectif. Notons en particulier qu'elle évoque dans son premier considérant *« différents moyens (des entreprises) pour s'approprier les résultats de leurs activités liées à l'innovation »* et qu'elle fait le parallèle entre *« l'utilisation des droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets, les dessins et modèles et le droit d'auteur, (qui) constituent l'un de ces moyens »* et *« un autre moyen de s'approprier les résultats de l'innovation consiste à protéger l'accès aux connaissances qui ont une valeur pour l'entité et qui sont peu connues, et à exploiter ces connaissances »* qui serait le secret d'affaires.

Par ailleurs, la définition donnée par l'article 2.1 de la directive s'inspire fortement de l'article 39 des ADPIC. La transposition française devrait donc rester fidèle à cette filiation qui, bien que définissant un droit distinct, se rattache à la logique des droits voisins de la propriété intellectuelle.

Le législateur français devra en revanche statuer sur un point que la directive a soigneusement évité de traiter, celle des moyens de preuve utilisables pour établir une violation d'un secret des affaires. Alors que la protection des droits de propriété intellectuelle dispose de la procédure – efficace – de la saisie-contrefaçon, faudrait-il que la mise en œuvre française de la directive prévoit un mécanisme distinct mais parallèle, ou se contentera-t-elle de la possibilité d'utiliser en la matière l'article 145 CPC ?

Sur le plan théorique, la question se pose de savoir si l'article 50 des ADPIC (qui prévoit des mesures provisoires *« pour sauvegarder les éléments de preuve pertinents relatifs à cette atteinte alléguée »* s'applique aussi en matière de secrets, dès lors que la protection des *« informations non divulgués »* s'inscrit bien dans la 1ère partie de l'accord portant sur les droits de propriété intellectuelle, pris au sens large [29]. Si c'est le cas, cela justifierait l'idée de créer une procédure probatoire spéciale en la matière.

Sur le plan pratique, le mécanisme de droit commun de l'article 145 CPC présente en effet quelques insuffisances pour pouvoir prétendre à être pleinement efficace dans la recherche de la preuve d'une atteinte au secret. En particulier, cette procédure ne peut être engagée

[29] Pour François Dessemontet, si *« l'inclusion des secrets industriels et commerciaux dans l'ADPIC est considérée comme une innovation majeure »*, il estime cependant que cet accord n'a pas tranché entre les différentes théories juridiques applicables et que « *l'ADPIC recherche uniquement un but, et laisse le reste aux lois nationales »* (F. Dessemontet, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce » in *Mélanges Junod*, Genève, 1997).

qu'avant tout procès au fond, alors qu'une telle mesure pourrait s'avérer utile en cours de procès (comme cela reste possible pour la saisie-contrefaçon). A l'inverse, ses résultats demeurent utilisables en justice sans limitation de temps, puisqu'aucune obligation d'assigner dans un délai fixe n'existe en la matière. La mise en place d'un mécanisme *ad hoc* de recherche de preuves qui reprendrait certaines caractéristiques de la saisie-contrefaçon (obligation de saisir à court délai, utilisation possible en cours de procédure, possibilité d'expert assistant l'huissier) pourrait s'avérer utile. En lieu et place de l'obligation de prouver l'existence du titre de propriété industrielle concerné, cette procédure ex parte d'ordonnance sur requête nécessiterait que le requérant apporte des éléments rendant vraisemblable l'existence d'un secret d'affaires répondant aux critères de la loi.

Resterait ensuite à rechercher également une transposition qui assure une bonne prise en compte des objectifs d'intelligence économique liés à la protection des secrets d'affaires. De ce point de vue, quelques aspects de la proposition de loi Urvoas de 2014 mériteraient aussi d'être repris.

Sa proposition envisageait notamment de compléter la définition que la directive donne du secret protégé en invoquant avec une certaine précision ce qui peut donner une *« une valeur économique* » à un secret et visait particulièrement « *un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur* ». Pour ne pas être tentés de considérer ces éléments complémentaires comme restreignant le champ des secrets protégés par la directive, il faudrait sans doute introduire un « notamment », de manière à bien montrer qu'il ne s'agit là que de l'indication de certaines valeurs économiques particulièrement marquantes. A ce prix-là, on pourrait conserver une telle rédaction qui comporterait l'avantage de fournir au juge quelques pistes privilégiées pour apprécier la valeur économique et stratégique d'un secret, ce qui participerait aussi à l'objectif d'intelligence économique.

Elle avait également prévu un volet pénal (s'appuyant sur la définition civile des secrets protégés) qui comportait notamment un mécanisme d'alourdissement des sanctions dans le cas où « l'infraction est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France » [30].

En reprenant cette même logique lors de la transposition de la directive (qui n'interdit en rien le recours à une incrimination pénale), le droit français disposerait alors d'un large spectre de moyens d'action en fonction de la nature du détournement de secret : l'action civile pourrait (comme en propriété intellectuelle) être choisie préférentiellement pour rechercher la cessation et l'indemnisation du préjudice économique subi par l'entreprise, tandis que les poursuites pénales seraient plutôt engagées pour permettre aux moyens judiciaires d'investigation d'établir la réalité d'une opération d'espionnage économique ou d'en identifier les commanditaires. A cela s'ajoutant la possibilité de faire reconnaître dans certains cas que la violation des secrets de l'entreprise victime était susceptible de porter plus largement atteinte aux intérêts économiques nationaux (et donc de justifier une aggravation

[30] Le même texte se proposait aussi de renforcer les dispositions de la « loi de blocage » du 26 juillet 1968 qui réprime la communication d'informations économiques à des autorités étrangères, en particulier lors de procédures contentieuses, comme la « pre-trial discovery » (sur ce texte et son intérêt pour la protection des entreprises nationales, voir notamment Noëlle Lenoir, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », *Les Petites Affiches*, 19 janvier 2015, n° 13, p. 7).

des peines) sans avoir pour autant à poursuivre sur le fondement de l'article 411-6 CPen qui réprime l'espionnage étranger.

D'autres points apparemment plus techniques, comme les mesures de confidentialité à appliquer pendant les procédures contentieuses [31], recèlent également des choix de transposition politiquement délicats. En effet, plus il sera possible de déroger aux règles usuelles de procédure (et notamment à la publicité des débats et des décisions) et mieux sera assurée durant l'instance la confidentialité des informations sensibles que les entreprises souhaitent voir protégées. Mais inversement, de telles mesures pourraient fragiliser le principe du contradictoire tout en donnant un avantage aux demandeurs au détriment des défendeurs accusés d'avoir violer (ou tenter de violer) un secret d'affaires. De plus se posera la question de savoir si ces mesures de confidentialité renforcées devraient ou non pouvoir être demandées dans le cadre d'instances autres que celles ayant pour seul objet de réprimer la violation des secrets d'affaires.

On voit bien qu'aux débats juridiques et théoriques portant sur la nature du nouveau droit qui va protéger le secret d'affaires s'ajoutent des choix politiques au sens où il est toujours politique de décider de privilégier dans une relation sociale, juridique ou économique, une catégorie d'acteurs dont les intérêts particuliers paraissent devoir être pris plus particulièrement en compte au bénéficie de l'intérêt général [32].

En la matière, plusieurs arbitrages importants ont déjà été fait dans la directive elle-même. L'opposition frontale de certains milieux soucieux de préserver la plus grande transparence possible dans les affaires économiques, a notamment amené le législateur européen à consentir des exemptions ou des protections particulières aux salariés, aux journalistes tout comme aux « lanceurs d'alerte ». Mais il reste encore au niveau des transpositions nationales, des choix à effectuer, notamment pour prendre plus ou moins en compte les impératifs d'intelligence économique.

Dans un article de 2004, François Dessemontet recherchait justement les « intérêts en présence » s'agissant de l'éventuel renforcement de la protection des secrets d'affaires [33]. Il avait étudié les points de vue de différents acteurs de l'économie : entreprises, créateurs indépendants, chercheurs, ingénieurs-conseils (c'est-à-dire conseils en propriété industrielle), sous-traitants, …. Certaines de ses approches paraissent encore assez transposables au cas français, notamment lorsqu'il estime que *« les chercheurs et les techniciens, de même que les inventeurs indépendants, ainsi que les concurrents poursuivant leurs propres recherches et les preneurs de licence non concurrents sont les principaux intéressés à une législation protégeant mieux le savoir-faire »*. Mais il n'intégrait pas réellement (du fait sans doute du contexte helvétique de son étude) les éléments de politique publique qui, s'agissant au moins de la France, peuvent jouer un rôle important dans la manière dont la directive du 8 juin 2016 sera finalement transposée.

---

31 Article 9 de la directive n°2016/943 du 8 juin 2016.

32 Pour une approche théorique des différentes conceptions de l'intérêt général (plus particulièrement appliquées au droit de la propriété intellectuelle), voir Mireille Buydens, « L'intérêt général, une notion protéiforme », in M. Buydens & S. Dusollier, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008, pp. 1-49.

33 François Dessemontet, « La protection des secrets industriels *de lege ferenda* : les intérêts en présence », in *De Lege Ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Editions Slatkine, Genève, 2004, pp. 379-40.

On peut penser notamment que le souci de soutenir les jeunes pousses innovantes françaises afin qu'elles se développent et constituent des écosystèmes favorables à l'innovation, devrait inciter les pouvoirs publics à promouvoir une protection des secrets suffisamment efficace pour permettre à ces « startups » de préserver leurs innovations alors même qu'elles ne disposent pas toujours des moyens financiers et juridiques pour profiter pleinement de la protection par brevet (laquelle peut être même difficilement utilisable dans certains domaines comme le numérique, où la brevetabilité est assez sujette à caution).

De même, la mise en place d'un dispositif efficace de lutte contre les détournements de secret d'affaires, combinant à la fois des moyens efficaces de preuve proches de la saisie-contrefaçon et le possible recours aux poursuites pénales, devrait aussi permettre d'instaurer une forme de dissuasion face à la voracité économique et à la curiosité informationnelle de certaines entreprises étrangères et particulièrement non-européennes. Là aussi une transposition assez ambitieuse de la directive de 2016 pourrait constituer un signal politique face aux excès potentiels d'une mondialisation économique conflictuelle.