



HAL
open science

Secret d'affaires et liberté d'expression : l'exercice d'équilibrisme de la directive

Agnès Robin

► **To cite this version:**

Agnès Robin. Secret d'affaires et liberté d'expression : l'exercice d'équilibrisme de la directive. Revue Lamy Droit civil, 2016, 2016-12 2017-01. halshs-01562853

HAL Id: halshs-01562853

<https://shs.hal.science/halshs-01562853>

Submitted on 8 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Secret d'affaires et liberté d'expression : l'exercice d'équilibrisme de la directive

Par Agnès ROBIN

Maître de conférences HDR en Droit privé à l'Université de Montpellier

Directrice du Master 2 Droit de la propriété intellectuelle et TIC,

Faculté de Droit de Montpellier,

Équipe de recherche Créations immatérielles et Droit (ERCIM/UMR 5815)

Secret versus transparence.- La directive, adoptée le 8 juin 2016 (Dir. n° xx, 8 juin 2016, JOUE 15 juin 2016, n° L 157/1) sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites est, depuis la proposition à l'origine du texte (COM(2013) 813 final – 2013/0402 (COD)), au cœur de l'actualité, suscitant la fronde des journalistes, relayée par les eurodéputés appartenant au groupe des Verts, tous vent debout contre le texte. Face aux vives réactions de la société, le texte fut amendé au Parlement européen, notamment sur les dispositions relatives aux exceptions apportées au principe du secret. Si les hypothèses d'alerte ont été ainsi prises en compte, la directive n'est cependant pas cantonnée à cette problématique et vise bien au-delà toutes les situations dans lesquelles une information pourrait être obtenue, utilisée et divulguée au détriment et à l'insu de son détenteur.

Droit français.- En France, si le secret des affaires est mentionné, à défaut d'être défini, dans un certain nombre de textes, dont une augmentation a pu être constatée ces quinze dernières années (Rebut D., Le secret des affaires, JCP G 2012, n° 47, n° hors-série, 4), c'est surtout à propos de sa conciliation avec le principe de contradiction au cours des procédures menées devant les autorités de régulation (sur la question, v. not. Lemaire C., La protection des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue, JCP E 2006, n° 4, 1161 ; L. n° 2016-1547, JO 19 nov., art. 96), les juridictions de l'ordre judiciaire lors de l'application de l'article 145 du Code de procédure civile relatif aux mesures d'instruction *in futurum*, ou encore de l'ordre administratif à propos de la passation des marchés publics et de leur contentieux (C. marchés publics, art. 80), que le principe est rappelé (sur ces questions, v. Béchillon (de) D., Principe du contradictoire et protection du secret des affaires. Plaidoyer pour le maintien d'une jurisprudence en vigueur, RFDA 2011, p. 1107). La question y est d'autant plus sensible que c'est précisément dans l'objectif de découvrir certaines informations que des procédures dites de « *discovery* » sont parfois menées devant les tribunaux (v. Maison Rouge (de) O., Le droit de l'intelligence économique. Patrimoine informationnel et secret des affaires, Lamy, 2012, p. 117). Hors la sphère processuelle, le secret d'affaires n'a pas de réalité positive. L'absence de définition ne tient pas seulement à l'absence de texte, mais aussi à la difficulté ontologique du secret à être défini : « *le secret des affaires présente un problème spécifique : son absence de délimitation a priori* » (Béchillon (de) D., art. préc), en raison du fait que la mise au secret, non seulement peut concerner n'importe quelle donnée ou information, mais encore qu'elle est nécessairement discrétionnaire et arbitraire. Sa définition ne peut être que (trop) large.

Quelques propositions de loi furent alors enregistrées successivement à l'Assemblée nationale, le 17 juin 2009 et 13 janvier 2011 (TA AN 2008-2009, n° 1754 ; TA AN 2010-2011, n° 3103), le 22 novembre 2011 (TA AN 2011-2012, n° 3985) ou enfin le 16 juillet 2014 (TA AN 2013-2014, n° 2139). De même, certaines dispositions ont-elles été - mais là encore sans grand succès -, proposées lors de l'adoption de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance (JO xxx août), l'activité et l'égalité des chances économiques, mais qui, face à la opposition d'une grande partie de la profession des journalistes (Secret des affaires : informer n'est pas un délit, Le Monde, 29 janv. 2015), fut finalement rejeté.

Droit européen.- Sans être expressément consacrée en son principe, la préservation du secret des affaires est prise en compte par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que « *le droit d'accès à toute personne au dossier qui la concerne n'est protégé que dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires* » (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 41.2, b), JOUE 18 déc. 2000, n° C 364). En jurisprudence, le principe est souvent appliqué en particulier dans la jurisprudence de la Cour de justice qui a fait du secret des affaires un principe général du droit de l'Union, de sorte par exemple qu'en matière de concurrence, il peut conduire à limiter la communication par la Commission européenne de documents à caractère confidentiel émanant d'une entreprise aux autorités nationales ou à un tiers plaignant (CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, *Akzo Chemie c/ Commission*, Rec. CJCE, p. 1965, pt 28 ; CJCE, 19 mai 1994, aff. C-36/92 *PSEP c/ Commission*, Rec. CJCE, p. 1911, pt. 37 ; égal. Capitant D., *Secret des affaires et marchés publics devant le juge communautaire*, RLCT 2008/35, n° 990, p. 25 ; *Le droit de savoir* (sous la dir. Lepage A.), Rapport annuel de la Cour de cassation 20XX, p. 241). Une définition a même parfois été donnée de la notion (les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'autorisation peut gravement léser les intérêts de celui-ci, TPICE, 18 sept. 1996, aff. T 353/94, *Postbank c./ Commission*, Rec. II, p. 921, pt 87. V. égal. TPICE, 8 nov. 2011, aff. T-88/09, *Idromacchine e.a. c./ Commission*, pt. 45).

Harmonisation.- Dans un souci légitime d'harmonisation, et s'appuyant elle aussi sur les dispositions de l'accord ADPIC, la directive repose sur le souci de faire face aux risques accrus d'espionnage (qui sont réels si l'on se rappelle les affaires *Valéo*, Trib. corr. Versailles, 18 déc. 2007, Comm. com. électr. 2008, comm. 4, obs. Caprioli E., et *Michelin*, Trib. corr. Clermont-Ferrand, 21 juin 2010, Dr. pén. 2010, comm. 116, obs. Véron M. ; Comm. com. électr. 2011, comm. 31, obs. Caprioli E., RLDI 2010/65, n° 2156, p. 69, obs. Manoir de Juaye (du) Th.), et à l'entrave pour la Recherche-Développement transfrontière que constitue l'absence d'harmonisation européenne sur la question. L'objectif général est donc de faire en sorte que la compétitivité des entreprises et des organismes de recherche européens, qui repose notamment sur des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires), soit protégée de manière adéquate, et d'améliorer ainsi les conditions pour la mise au point et l'exploitation de l'innovation et pour le transfert de connaissances au sein du marché intérieur (Comm. UE, Résumé de l'analyse d'impact, SWD(2013) 472 final, p. 5). À cet effet, en consacrant le principe de protection du secret d'affaires, le texte fait basculer le secret "du fait au droit", le mettant alors artificiellement en balance avec la liberté d'expression (I). Cet étrange alliage, servi par le test de proportionnalité, ne semble toutefois pas nécessaire pour assurer à la liberté d'expression un plein exercice lorsque le secret est diffusé hors de son périmètre, la vie des affaires (II).

I. LA MISE EN BALANCE ARTIFICIELLE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION AVEC LE SECRET D'AFFAIRES

La consécration du secret d'affaires impressionne en raison du caractère général et transversal du principe (A), posant alors la question de sa valeur normative au regard, notamment, de la liberté d'expression à laquelle il se trouve confronté (B).

A. La force juridique du principe

Étendue de la définition.- La définition retenue par la directive est identique à celle de l'accord ADPIC, à l'exception de l'emploi du mot *renseignement* qui est remplacé, de façon judicieuse, dans la directive par le mot *information*. Si le savoir-faire est essentiellement visé, c'est bien au-delà l'ensemble des données et informations scientifiques, techniques ou commerciales qui est concerné par le dispositif (consid. 14 ; en ce sens, v. Garinot J.-M., Secret des affaires : n'ayez pas peur, D. aff. act., 20 avr. 2016) et quelle que soit la structure, publique ou privée, qui les détient. La notion de *détenteur* est, en effet, elle-même très largement entendue comme le montre l'article 2 de la directive qui le définit « *comme toute personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un secret d'affaires* », y compris les établissements publics de recherche lorsqu'ils sont impliqués dans des projets de recherche-développement en partenariat avec les entreprises ou dans des projets d'innovation collaborative (consid. 1^{er}).

Accessibilité et valeur.- De manière large, le secret est une information qui répond de façon cumulative aux trois conditions de l'article 2, §1 de la directive : ne pas être accessible au public, avoir une valeur commerciale et avoir fait l'objet de mesures raisonnables de protection, critère qu'il est possible de formuler ainsi : accessibilité (technique et intellectuelle) et *valeur commerciale*. Le critère de l'accessibilité intellectuelle, que l'on retrouve par ailleurs, dans la définition du savoir-faire (v. Règl. CE n° 316/2014 du 21 mars 2014, art. 1^{er}, 1, i), JO UE 28 mars 2014, n° L 93/17) postule que l'information n'est pas intellectuellement à la portée de tous. Concernant l'accessibilité technique, le texte est souple et n'exige pas de la personne qui contrôle les informations qu'elle ait construit autour d'elle une citadelle imprenable dont l'étanchéité serait absolue (ex. Apple). Qu'elles soient de nature technique (*data centralisation room*, cryptage, cahiers de laboratoire, traçabilité, restrictions d'accès, contrôle des communications avec l'extérieur, mesures de prévention (v. sur les précautions en matière informatique, le site de l'ANSSI) ou juridique (clauses de confidentialité des contrats de travail, de sous-traitance, accords de confidentialité, etc.), ces mesures préventives doivent être simplement raisonnables. Enfin, s'agissant de la valeur commerciale du secret, elle serait assurée par le fait que l'information est secrète. Résultat d'une transposition à l'identique de l'article 39 §2 ADPIC, la directive contient donc une tautologie : le secret serait ainsi un secret d'affaires parce qu'il est... secret ! Le secret étant, à notre sens, plutôt la conséquence de la valeur d'une information (et non l'inverse), il y a lieu, plus sérieusement, de considérer la valeur commerciale intrinsèque d'une information à travers l'avantage concurrentiel qu'elle procure, dont l'obtention, l'utilisation ou la diffusion porterait atteinte au potentiel scientifique et technique de son détenteur, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle (consid. 14 ; art. 13 §1 ; sur cette idée, v. Poracchia D., La protection juridique des secrets de l'entreprise, Dr. & patr. 2000, n° 85, p. 20).

La transversalité des délits.- La transgression du principe de protection du secret d'affaires n'est pas cantonnée à un acte en particulier, mais renvoie à des hypothèses que l'on connaît déjà. Présentés de façon synthétique, les délits peuvent résulter de l'obtention (art. 4 §2), l'utilisation ou la divulgation du secret (art. 4 §3), de l'obtention, l'utilisation et la divulgation du secret dans le cadre d'un recel (art. 4 §4) et enfin, de la production, l'offre ou la mise sur le marché ou l'importation, l'exportation ou le stockage de biens en infraction (*i.e.* contrefaisants et/ou recelant un secret de fabrique). La directive prend donc pour point de départ la distinction des actes (obtention, utilisation, divulgation, etc.) pour ensuite tenir compte du contexte dans lequel chaque acte intervient. S'agissant de l'obtention du secret, par exemple, le texte fait implicitement référence au vol de documents ou de fichiers contenant le secret (responsabilité pénale) et aux pratiques commerciales déloyales (responsabilité civile extracontractuelle) (art. 4 §2). Quant à l'utilisation et la divulgation, le texte fait davantage référence aux mécanismes de responsabilité civile contractuelle classiques en cas de violation d'une obligation de confidentialité (art. 4 §3, b) et c)), mais également au cas d'utilisation ou de divulgation lorsque le secret a été obtenu de façon illicite (art. 4 §3, a)). Enfin, les délits de recel et de mise sur le marché d'un secret de fabrique et/ou de biens contrefaisants sont clairement identifiables. Intimement liés à des comportements fautifs connus, la violation du secret d'affaires ne s'apparente, ni de près ni de loin, à la violation d'un droit de propriété.

L'ambivalence des sanctions.- La criminalisation des délits étant hors du champ de compétence de l'Union, la directive ne s'intéresse, à première vue, qu'à l'harmonisation des législations civiles. Clairement inspirées de la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 sur l'harmonisation de la lutte contre la contrefaçon (PE et Cons. UE, JOUE 31 avr. 2004, n° L 157, p. 16 ; v. Azéma J., La protection du secret des affaires dans la perspective de la proposition de directive européenne, *Propr. ind.*, n° 7-8, juill. 2014, ét. 17), les dispositions prévoient, au plan civil, des mesures provisoires, des mesures d'interdiction pour l'avenir, et enfin des mesures de réparation du préjudice causé par l'usurpation (grâce à l'utilisation de la méthode de substitution) (art. 6). Les conclusions de l'analyse d'impact de la Commission (préc.) invitent cependant à une autre lecture. L'une des solutions envisagées (option 5) préconise en effet la convergence des droits pénaux nationaux, la Commission regrettant même que les règles pénales nationales ne visent pas toutes le « *vol de secrets d'affaires* ». Ajoutant à l'ambivalence, les délits visés par la directive (par définition de nature civile) correspondent dans certains États membres, comme la France, à des délits de nature pénale (abus de confiance, recel, vol de documents). Cette vision transversale des délits vaudra peut-être à la France un énième débat sur la pénalisation du délit que l'on a pu qualifier, à tort selon nous, de « vol d'information », débat devenu, en outre, passablement inutile depuis la consécration du délit d'extraction de données qui figure désormais à l'article 323-1 du Code pénal, et alors même que la directive ne fait jamais de la personne qui contrôle l'information un propriétaire (« *détenteur* ») et n'emploie scrupuleusement le terme « *appropriation* » qu'à l'égard, non de l'information, mais des documents qui la contiennent.

B. La valeur normative du principe

Le secret : du fait au droit.- La protection du secret d'affaires est d'ordinaire assurée par le fait et, lorsqu'elle est assurée par la loi, elle est, en général, présentée comme une limite d'un autre principe et se trouve donc, d'une certaine manière, assurée par défaut. Comme l'écrivait Carbonnier, la transparence est un effet de la contrainte du droit, « *c'est-à-dire en pratique une transparence forcée, une transparence d'ordre public* » (Carbonnier, *Propos introductifs*, RJ com., numéro spécial « La transparence », nov. 1993, p. 13), alors que le secret est le plus souvent affaire de fait. À dire les choses autrement, la posture du secret serait plus "primitive" que celle la transparence qui est le fait de la civilisation. En faisant passer le secret d'affaires du fait au droit (sur cette idée, v. Jourdain-Fortier C., *Les secrets d'affaires doivent-ils être juridiquement protégés ? Des avantages et inconvénients de passer du fait au droit*, in Py E. et Garinot J.-M., *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives*, LexisNexis, 2015, vol. 44, p. 187 ; *Le secret d'affaires existe-t-il en réalité ?* ; sur ce point, v. Paclot Y., *Les diverses facettes du secret des affaires*, Dr. & patr. 2002, n° 102, p. 70) afin de permettre aux États d'accroître et d'intensifier les sanctions civiles, voire pénales, en cas d'atteinte à ceux-ci, le législateur européen n'a pu dès lors faire l'économie d'une réflexion sur les mécanismes d'articulation entre la protection des intérêts particuliers des entreprises avec la préservation de l'intérêt général. L'entrée du secret des affaires dans un dispositif légal général pose alors la question de sa valeur normative à l'égard d'autres droits, en particulier à l'égard des droits et libertés fondamentaux. Si la question n'est pas nouvelle - que l'on songe simplement aux débats importants sur la confrontation entre la protection du secret d'affaires et la préservation du droit à un procès équitable -, elle est aujourd'hui d'une autre ampleur en ce qu'elle intéresse également la liberté d'expression et de communication, ainsi que le principe du pluralisme des médias, consacrés par la Charte des droits fondamentaux (art. 11), autant que par la Convention EDH (art. 10).

Le secret dans la hiérarchie des normes.- Envisagée comme une dérogation au principe du secret (art. 5), la liberté d'expression semble donc être rangée au même niveau que la protection du secret. Or, si la protection du secret des affaires a pu être érigée en un principe général du droit de l'Union, ce ne fut qu'à la faveur de décisions rendues à propos de la mise en œuvre de procédures devant les juridictions (judiciaires ou administratives), devant les autorités de régulation (Autorité de la concurrence, en particulier), ou encore devant les institutions européennes (Commission). Sans être nécessairement devenus obsolètes, les principes généraux du droit dégagés par la Cour de justice ont perdu leur puissance depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, dont l'article 6 §2 prévoit que « *L'Union adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », principe conforté par l'article 52 §2 de la Charte des droits fondamentaux. Dès lors, à réfléchir en termes de hiérarchie des normes (mais est-ce encore d'actualité ?), on peut légitimement se poser la question de la force des principes énoncés par la Convention EDH à l'égard de principes généraux du droit de l'Union qui leur seraient contraires. Enfin et surtout, le respect de la confidentialité des informations ne constitue en général qu'une exception au principe de la liberté d'expression. À s'appuyer, par exemple, sur l'article 10 §2 de la Convention EDH (plus complet à cet égard que la Charte des droits fondamentaux), la confidentialité des informations ne constitue (hors secret des correspondances) qu'une limite au principe fondamental de liberté d'expression et à condition d'être strictement nécessaire dans une société démocratique.

Secret et vie privée des entreprises.- Aussi, sauf à considérer que le secret d'affaires relève du droit à la vie privée des entreprises, comme n'a pas hésité à le faire la Cour de justice dans sa jurisprudence *Varec SA* du 14 février 2008 (CJUE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, RTD eur. 2009, p. 511, obs. Sibony A.-L. et Défossez A.) et/ou sauf à faire de la protection du secret d'affaires un principe d'intérêt général fondé sur le principe d'innovation (v. Robin A., Recherche collaborative : techniques, évolution et perspectives, RLDI 2014/107, n° 3570, p. 104 ; Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode *open science*, Propr. intell., 2013, n° 48, p. 260 ; Le principe d'innovation, chron. Cahiers Droit Sciences et Technologies, 2016, p. 263), il nous semble que la protection du secret d'affaires ne peut rivaliser avec la liberté d'expression et de communication. Il n'est pas certain au demeurant que la Cour EDH fasse sien le raisonnement : s'il y a des décisions qui reposent sur cette analyse et sont rendues sur le fondement de l'article 8 Convention EDH, ce n'est qu'à la faveur de circonstances particulières liées à l'ingérence de l'État dans le fonctionnement des entreprises et concernant le droit au respect du domicile de l'entreprise (CEDH, 16 déc. 1992, aff. 72/1991/324/396, *Niemetz c./Allemagne* (perquisitions local professionnel d'une personne physique), AJDA 1993, p. 105, chron. Flauss J.-F., D. 1993, p. 386, obs. Renucci J.-F. ; CEDH, 16 avr. 2002, aff. 37971/97, *Sté Colas Est c./France* (enquête sur des pratiques anticoncurrentielles dans les locaux de sociétés anonymes), Rec. CEDH, p. 2002-III, §41, AJDA 2002, p. 500, chron. Flauss J.-F., D. 2003, p. 527, obs. Birsan C., D. 2003, p. 1541, obs. Lepage A. ; CEDH, 28 janv. 2003, *Peck c/ Royaume-Uni*, Rec. CEDH 2003-I, §57). Le législateur français ne s'y était d'ailleurs pas trompé lorsqu'il avait, dans la proposition de loi du 16 juillet 2014, pris soin de préciser que « *toute atteinte (...) au secret des affaires (...) engage la responsabilité civile de son auteur, à moins qu'elle n'ait été strictement nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt supérieur, tel que l'exercice légitime de la liberté d'expression ou d'information ou la révélation d'un acte illégal* ».

L'abandon de la rhétorique classique.- L'absence de référence à la liberté d'expression dans le texte n'eut pas été un obstacle à son invocation (v. Lapousterle J., La protection civile des secrets d'affaires : bilan d'étape, *in* Py E. et Garinot J.-M., *ss la dir., op. cit.*, p. 121), tant il ne saurait y avoir de secret absolu, comme l'a d'ailleurs récemment montré une décision de la Cour de justice en matière de secret bancaire (CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-580/13, D. 2015, 2168, note Kleiner C. ; Idot L., Conflit entre droit à l'information et secret bancaire, commentaire de CJUE, arrêt du 16 juillet 2015, *Coty Germany*, C-580/13, *Europe* n° 10, Octobre 2015, comm. 389 ; Kleiner C., La CJUE limite le secret bancaire en faveur des droits de propriété intellectuelle et d'accès à la justice : un message pour les juridictions française ?, *RD. fisc.* 2015, p. 2168). Ainsi, par cette rédaction que l'on ne peut mettre au crédit d'une simple maladresse, le législateur européen a, dès lors, au mieux, rappelé une évidence, au pire, procédé au nivellement des normes entre elles. Ce nivellement, qui n'est dès lors pas très éloigné d'une inversion des principes (au moins dans la présentation formelle de la directive qui donne alors l'impression d'être rédigée à l'envers), est précisément à l'origine du déclenchement des réactions des professionnels du journalisme et ce, malgré les précautions prises par le législateur (consid. 34 et art. 1^{er}, §2).

II. L'EXERCICE LÉGITIME DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION HORS DE LA VIE DES AFFAIRES

Face à un tel dispositif, la transposition et l'application de la directive doivent (et seront nécessairement) mesurées, d'une part, grâce à la prise en compte de l'intérêt général dans le texte même (A) et, d'autre part, sur la base d'une interprétation qu'il faut souhaiter fidèle à la *ratio legis* (B).

A. Défense de l'intérêt général

Lanceurs d'alerte.- Depuis l'origine des premières versions de la proposition, la directive prend également en considération la nécessité de tenir compte de l'intérêt général dans l'application du dispositif, dans la seconde hypothèse de dérogation qu'elle assigne au principe de protection du secret. Elle concerne les situations dans lesquelles peuvent se trouver toute personne (salariée ou non) souhaitant dénoncer un fait susceptible de porter atteinte à l'intérêt général. Contrairement à la première exception, cette hypothèse est conditionnée par plusieurs éléments : tout d'abord, l'obtention, l'utilisation et la divulgation d'un secret d'affaires doivent être motivés par la révélation d'une faute, d'un acte répréhensible ou d'une activité illégale. Le texte adopté retient donc une conception plus stricte de l'exception par rapport aux termes de la proposition de 2013 qui embrassait également les révélations relatives à des « *malversations* » (art. 4), terme beaucoup plus plastique que celui de « *faute* » ou d'« *activité illégale* » et ne renvoyant à aucune incrimination pénale.

L'étrange notion d'intérêt public général.- La personne doit, en outre, avoir agi dans le but de protéger « *l'intérêt public général* ». L'ajout du terme « *général* » est là encore le fait des parlementaires qui, souhaitant englober tous les dispositifs de protection des lanceurs d'alerte, ont ainsi créé ainsi un nouveau concept, dont la formule n'est pas des plus heureuses. Pour l'appréciation de « l'intérêt public général », il a été suggéré que soit privilégiée une approche subjective de l'appréciation des motivations du lanceur d'alerte, voire que les motivations ne soient pas, dans l'intérêt du lanceur d'alerte, prises en compte du tout (Rapport de l'Assemblée générale de l'ONU de 2015 : « *les motivations du lanceur d'alerte au moment de la révélation ne devraient pas avoir d'importance (should be immaterial)* », 8 sept. 2015, p. 13). Cependant, et c'est un critère souvent repris par les dispositifs relatifs au droit d'alerte, le lanceur d'alerte doit être de bonne foi, c'est-à-dire qu'il aura agi avec sincérité et non dans le but de nuire à une personne en particulier (v. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, JO 12 oct. 2013, art. 2, I, al. 3, relative à la transparence de la vie publique).

L'exception CADIG et les entreprises.- À supposer, comme on l'a vu plus haut, que le principe de protection des secrets d'affaires bénéficie de la protection au titre de la vie privée alors reconnue aux entreprises, l'on ne pourra qu'encourager les juridictions nationales à apprécier l'intérêt général aussi généreusement qu'en matière de respect de la vie privée ou de diffusion d'informations confidentielles par les journalistes d'investigation, lorsque la révélation de l'information contribue à un débat d'intérêt général (v. Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500). La Cour de justice a déjà eu l'occasion d'affirmer que les autorités publiques ne peuvent invoquer l'impératif de protection de la confidentialité d'informations commerciales et industrielles détenues par une société privée pour faire obstacle au droit à l'information du public sur des enjeux environnementaux en matière de déchets industriels, par exemple (CJUE, gde ch., 15 janv. 2013, aff. C-416/10, *Jozef Krizan et a. c/ Slovenska inspekcia zivoneho prostredia*). De même, la Cour EDH elle-même a pu juger, dans le domaine des relations de travail, que la sanction des salariés (licenciement) ou fonctionnaires (révocation) à la suite d'une révélation de faits illicites constatés au sein de leur structure, devait être qualifiée d'atteinte à la liberté d'expression, non nécessaire dans une société démocratique (CEDH, Gde ch., 12 fév. 2008, n° 14277/04, *Guja c/ Moldova* ; CEDH, 21 juill. 2011, n° 28274/08, *Heinisch c/ Allemagne* ; v. égal. Spinosi P., *Le secret des affaires et le secret du patrimoine face aux droits et libertés individuels*, Dr. & patr. 2014, n° 233, p. 26). Le fait de révéler certains faits, en violation d'une clause de confidentialité, d'un devoir de réserve ou encore d'un devoir de loyauté, peut ainsi être déclaré licite si une telle révélation contribue à un débat d'intérêt général.

B. L'usage du secret dans la vie des affaires ?

Notion d'usage dans la vie des affaires.- Une autre voie d'interprétation peut être suivie. Elle consiste dans le fait de se fonder sur la *ratio legis* du texte, en s'inspirant, par exemple, des dispositions de l'article 5 §1 de la directive 89/104 sur les marques qui prévoit que les actes que le titulaire est habilité à faire interdire en vertu de son droit exclusif sont des actes d'usage du signe « *dans la vie des affaires* ». Sur ce fondement, la cour a ainsi admis que le signe distinctif protégé par une marque peut être utilisé par un tiers à d'autres fins que dans la vie des affaires, l'usage de la marque dans la vie des affaires étant entendu comme « *l'usage du signe dans le contexte d'une activité commerciale visant un avantage économique et non dans le domaine privé* » (CJCE, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club plc c/ Matthew Reed*, aff. C-206/01, Rec. I-10273, D. 2003, p. 755, note Candé (de) P., JCP E 2003, 1468, §10, obs. Boespflug, Greffe P. et Barthélémy C., *Propriété intellectuelle* 2003, n° 7, p. 197, obs. Bonet G., PIBD 2003, n° 764, III, p. 263, RJDA 2003/2, n° 204, p. 195, chron. Passa J.).

Usage dans la vie des affaires ou liberté d'expression ?- Bien que cette condition n'ait pas été transposée en droit français, l'exigence est intégrée dans la loi française par le jeu de l'interprétation conforme. Cette solution a donc été appliquée par les juges français dans les célèbres affaires *Areva* et *Esso* dont les marques avaient été reproduites et pastichées par l'association *Greenpeace* sur son site internet pour dénoncer les politiques sociales et environnementales des sociétés concernées. Dans les deux affaires, la Cour d'appel de Paris affirme l'action en contrefaçon non fondée au motif que les détournements de marques en question « *ne visent manifestement pas à promouvoir la commercialisation de produits ou de services concurrents (...) mais relèvent d'un usage purement polémique étranger à la vie des affaires et à la compétition entre entreprises* » (CA Paris, 16 nov. 2005, n° 04/12417, PIBD 2006, III, p. 53, Propr. intell. 2006, n° 18, p. 103, Bénabou V.-L. ; Propr. ind. 2006, comm. 4, Tréfigny P., CCE 2006, comm. 8, C. Caron, Légipresse 2006, III, p. 86, note Baud E. et Colombet S. ; CA Paris, 17 nov. 2006, n° 04/18518, PIBD 2007, III, p. 92, CCE 2007, comm. 8, Caron C., Propr. ind. 2007, comm. 6, Tréfigny P.). Les pourvois furent rejetés par la Cour de cassation (Cass. com., 8 avr. 2008 : n° 07-11.251 ; PIBD 2008, III, p. 372, D. 2008, p. 1208, obs. Lavric S., D. 2008, p. 2402, note Neyret L., JCP G 2008, II, 10106, note Hugon C., CCE 2008, comm. 77, Caron C., Légipresse 2008, III, p. 123, note Canlorbe J., RTD civ. 2008, p. 487, obs. Jourdain P. ; Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961, PIBD 2008, III, p. 370, D. 2008, p. 1274, obs. Daleau J.) qui se fonde néanmoins sur le résultat produit par l'application du test de proportionnalité - l'article 10 Convention EDH ayant été invoqué -, affirmant que l'usage de la marque « *dans un contexte polémique* » constituait un moyen proportionné à l'expression de telles critiques. Critiqué, cet examen de proportionnalité ne s'avérait pas nécessaire, compte tenu de l'équilibre assuré en interne par la directive à travers la notion d'usage dans la vie des affaires.

Finalité de la directive.- Transposé au secret d'affaires, le raisonnement pourrait permettre de décider que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'une information serait légitimée par le fait qu'elle ne perturbe pas un rapport de concurrence ou une relation d'affaires. Dans la mesure où l'objectif de la directive est de protéger les entreprises européennes à l'encontre des entreprises concurrentes contre l'espionnage économique et industriel, comme cela est longuement explicité dans l'exposé des motifs de la directive, l'utilisation d'un secret à d'autres fins que commerciales pourrait ainsi, par l'effet d'une interprétation pondérée de la directive, être considérée comme licite. Le secret d'affaires est ainsi considéré comme essentiel pour la recherche collaborative et l'innovation ouverte au sein du marché intérieur, qui nécessitent d'échanger des informations entre de multiples partenaires des différents États membres. En ce sens, le secret d'affaires doit permettre l'assainissement de situations à la fois collaboratives et concurrentielles, mais non servir des intérêts économiques douteux. Dans une société dont les principes démocratiques reposent sur la transparence, la revendication croissante du public à être informé s'oppose de fait à ce que certaines informations puissent être arbitrairement retenues à d'autres fins que celles pour lesquelles elles sont censées être tenues secrètes. À l'examen de proportionnalité l'on pourrait ainsi proposer de substituer un examen de finalité.

Méthode imposée.- Ce principe d'interprétation fort classique et simple peut s'avérer efficace pour éviter d'avoir à entrer dans des débats sans fin et non nécessairement favorables à l'exercice de la liberté d'expression, les juges ayant en effet à apprécier le degré de nécessité dans une société démocratique de l'obtention, l'utilisation ou la diffusion de l'information par rapport au but recherché, au risque d'entraîner à terme des développements jurisprudentiels importants d'une part, et nécessairement casuistiques d'autre part. Cette analyse, qui ne sera cependant certainement pas retenue, permet d'éviter un autre écueil de la méthode de balance des intérêts, souvent dénoncé par ses détracteurs (v. not. Gautier P.-Y., *Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux*, D. 2015, p. 2189 ; Puig P., *L'excès de proportionnalité (à propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes)*, RTD civ. 2016, p. 70), le mélange entre le fait et le droit qu'elle opère. La directive, bien ancrée dans la modernité de ce point de vue, n'échappe pas à l'observation : l'article 11 impose ainsi aux États membres de veiller à ce que les autorités compétentes prennent en considération, lorsqu'elles évaluent le caractère proportionné de la demande d'un détenteur de secret d'affaires, un certain nombre de « *circonstances particulières* » comprenant - aux côtés d'éléments de fait comme les caractéristiques du secret d'affaires, les mesures prises pour sa protection, etc. -, l'intérêt public et la sauvegarde des droits fondamentaux. Un autre « *discours de la méthode* » à n'en pas douter...

En tout état de cause, si la méthode de balance des intérêts s'avère bien être une façon de voir et de faire du droit autrement (Jamin Ch., *Juger et motiver*, RTD civ. 2015, P. 263 ; Jestaz Ph., Marguénaud J.-P. et Jamin Ch., *Révolution tranquille à la Cour de cassation*, D. 2014, P. 2061 ; Vivant M., *La balance des intérêts... enfin !*, *Comm. com. électr.* 2015, étude 17, n° 10), il nous semble qu'elle ne peut s'opérer que dans l'application « *à un litige de deux principes antinomiques d'égales valeurs, qui ont l'un et l'autre vocation à en gouverner la solution* » (Vocabulaire juridique, Capitant-Cornu, 10^e éd., PUF, Quadriga, 2014, V° Proportionnalité). Or, la place importante que lui confère la directive « *secret d'affaires* » paraît bien artificielle en présence de droits que nous considérons comme non équivalents : « *d'une manière ou d'une autre, les termes de l'équation ne se valent pas* » (Béchillon (de) D., art. préc.). Aussi, cantonner la directive aux relations d'affaires et de concurrence pour en guider la transposition comme l'application paraît de nature à répondre plus sûrement et raisonnablement à l'ambition affichée : protéger des intérêts économiques légitimes.