



La protection juridique des secrets d'affaires - D'une analyse comparative des protections conférées aux États-Unis et en Europe à la proposition d'un nouveau modèle conceptuel

Malgré leur importance économique, l'ampleur des préoccupations politiques soulevées par leur protection et l'absence de certitude quant à la manière dont ils devraient être appréhendés par le droit, les secrets d'affaires n'ont jusqu'à présent reçu que peu d'attention de la part de la littérature. Face à l'absence d'un corpus théorique robuste, la présente étude explore les fondements de ce domaine en analysant les justifications de la protection juridique de cet objet et vise à définir comment l'appréhension juridique des secrets d'affaires devrait être organisée.

L'étude débute par une analyse comparative des cadres juridiques nord-américain et européen. Cet examen démontre le lien, ou plutôt la « filiation », existant entre les deux systèmes de protection. Leurs éléments fondamentaux ont en effet d'abord émergé progressivement au sein de la jurisprudence américaine, avant d'influencer, au niveau international, la définition prévue à l'art. 39 ADPIC. Cette définition a constitué le point de départ identifié par le législateur européen pour la rédaction de la Directive 2016/943 sur la protection des secrets d'affaires. Une fois ce choix effectué, s'appuyer sur les autres éléments clés du cadre normatif américain constituait une suite logique. La reconnaissance du lien existant entre les deux systèmes est précieuse pour l'ordre européen, dans lequel ce nouveau cadre juridique doit être déployé. Puisque les juridictions européennes seront confrontées à l'avenir à des questions qui sont déjà apparues en droit américain, ces dernières auront la possibilité de s'appuyer sur l'expérience de leurs homologues américaines.

L'analyse comparative a également permis de mettre en évidence que la structuration incrémentale de la protection juridique des secrets d'affaires au sein de la Common law a conduit à des systèmes juridiques dépourvus de fondements conceptuels généraux. À cet égard, l'étude montre que les secrets d'affaires bénéficient ainsi d'une protection floue, formellement ancrée dans la concurrence déloyale, mais dont la portée se rapproche toutefois de celle offerte par le droit de la propriété intellectuelle. Les juges sont enfin appelés à jouer un rôle décisif au stade de la mise en œuvre de ce cadre juridique hétérodoxe afin d'atténuer les effets négatifs – notamment en raison d'une surprotection de ces actifs – qui pourraient en résulter. L'étude explique cependant que ce rôle central attribué au pouvoir judiciaire est toutefois combiné à une absence de clarté concernant le telos de la protection offerte aux secrets d'affaires, ce qui conduit à une forte incertitude juridique, à une mise en œuvre potentiellement incohérentes et, en définitive, à des résultats inefficaces du point de vue du bien-être sociétal. Ainsi, l'incertitude des tribunaux est particulièrement perceptible s'agissant de l'articulation de la protection des secrets d'affaires avec les droits fondamentaux.

Face au fait qu'aucune théorie, qu'elle soit de nature économique ou éthique, n'offre de fondement solide à la protection des secrets d'affaires, il est suggéré que cette impossibilité résulte de la volonté de fournir un ratio unique englobant l'intégralité des questions couvertes par le champ d'application actuel du droit des secrets d'affaires. Prenant le contre-pied de cette approche, un nouveau modèle conceptuel est présenté, fondé sur la distinction entre deux objets juridiques nécessitant une protection distincte : la sphère secrète de l'entreprise et les informations secrètes.

La sphère secrète des entreprises est ainsi définie comme un espace au sein duquel les informations doivent circuler librement, sans interférence extérieure, pour que les entreprises soient actives sur le marché en tant qu'unités économiques. Si certains auteurs percevaient déjà la nécessité de reconnaître un tel espace informationnel aux entreprises, la présente étude renforce la justification théorique de sa protection juridique en la rattachant aux théories entrepreneuriales de l'école économique autrichienne. Selon ces dernières, l'économie du monde réel ne fonctionne pas selon le modèle de la concurrence pure et parfaite, mais dans un contexte d'incertitude structurelle, ce qui oblige les acteurs du marché à se comporter de manière entrepreneuriale et justifie l'existence des entreprises en tant que nœuds de coordination nécessaires à la poursuite des opportunités. Cette coordination interne doit rester cachée aux concurrents pour que les entreprises puissent remplir cette fonction entrepreneuriale tout en se présentant sur les marchés comme des unités uniques engagées dans un jeu de concurrence. La clarification de ce rôle structurel explique que la protection juridique de la sphère secrète des entreprises doit être assurée par des réglementations de type objectives mises en œuvre par les pouvoirs publics. Le modèle proposé souligne par ailleurs que la protection de la sphère secrète ne concerne que la sauvegarde d'un espace informationnel, indépendamment de la nature ou du contenu des informations qui y circulent.

L'appréhension juridique des informations secrètes constitue la deuxième branche du modèle proposé. Le secret n'est pas une caractéristique particulière dont ne jouissent que certaines informations, mais la condition initiale dans laquelle toute information émerge. Tant qu'elle reste secrète, une information constitue un bien immatériel excluable et donc négociable. Cependant, ce bien souffre d'un déficit de négociabilité, dû précisément au fait que toute transaction le concernant nécessite la divulgation de son contenu. Ce déficit, connu sous le nom de « paradoxe d'Arrow », est une justification bien connue des droits de propriété intellectuelle. Comprendre le rôle que le droit peut jouer dans ce contexte fait apparaître une nouvelle strate dans la théorie de la propriété intellectuelle. En effet, si le recours aux droits subjectifs est l'instrument le plus approprié pour résoudre le paradoxe d'Arrow dans le cadre de la divulgation *inter partes*, rien ne justifie que la portée personnelle de ces droits ne jouisse d'une envergure *erga omnes*. Cette portée devrait au contraire être que *relative*, c'est-à-dire limitée précisément à la relation *inter partes* en jeu. Ce droit subjectif relatif présente donc un nouvel instrument, moins impactant que les droits de propriété intellectuelle *erga omnes* classiques, qui peut répondre à certaines défaillances de marché liées aux biens immatériels. Au-delà de cet avantage spécifique, dissocier les informations secrètes de la sphère secrète et s'appuyer sur une approche de droit subjectif permet d'obtenir que la définition de la portée de ces droits (c'est-à-dire l'identification des informations dignes de protection, l'étendue de l'utilisation interdite et la durée de leur protection) obéisse au même arbitrage politique et bénéficie du même soin législatif que tout autre droit de propriété intellectuelle.

Le modèle proposé ne prétend pas être la seule réponse scientifique possible pour donner aux secrets d'affaires des bases théoriques solides. Il représente cependant un cadre conceptuel possible qui permet de donner une certaine cohérence et une certaine logique à cette branche du droit. Au-delà de sa capacité à rationaliser et à systématiser ce domaine du droit, le modèle proposé prouve son adéquation lorsqu'il est testé pour trouver des solutions aux problèmes et aux tensions existant dans les systèmes actuels, qu'il s'agisse de l'application territoriale de la loi, de la légalité de la rétro-ingénierie et des clauses contractuelles y afférent, du traitement juridique des anciens employés, de la manière dont l'autorité d'exécution devrait faire usage des outils d'exécution à sa disposition ou de l'articulation de la protection offerte avec les droits fondamentaux, pour n'en citer que quelques-uns. En outre, d'un point de vue normatif, la distinction proposée entre ces deux objets juridiques permet de développer une approche plus ciblée et donc de préciser où une intervention législative est nécessaire, à savoir pour sécuriser la sphère secrète, et où, au contraire, le législateur dispose d'une marge d'appréhension, à savoir en ce qui concerne l'appréhension juridique des informations secrètes.