UCLouvain

Faculté de droit et de criminologie

Examen comparatif des cadres légaux de l'UTSA, de l'accord sur les ADPIC et de l'EU-TSD afin d'appréhender les philosophies judiciaires états-unienne et européenne en matière de secret d'affaires

Auteur : Maxine Baudoux
Promoteur : Me Werner Derijcke
Lecteur : Me Guy Horsmans
Année académique 2023-2024
Master en droit à finalité spécialisée : Droit de l'entreprise

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **http://www.uclouvain.be/plagiat**.

Remerciements

Tout au long de la réalisation de ce mémoire, j'ai eu la chance d'être soutenue par de nombreuses personnes aussi motivantes que bienveillantes. Je les remercie toutes pour leur présence et leur support.

Parmi ces personnes se trouve mon promoteur de mémoire, monsieur Werner Derijcke. Je tiens à vous exprimer ma gratitude pour votre soutien dans mon parcours, vos conseils avisés et les opportunités que vous m'avez offertes.

De toute évidence, je me dois de remercier Edouard Cusas. Ce master si particulier aurait été bien différent sans ta compagnie perpétuelle.

Sandrine Cubi, Dave Baudoux et Aline Baudoux, ou plutôt, maman, papa et Al', merci d'avoir été les épaules sur lesquelles je pouvais me reposer tout au long de ce parcours académique.

Enfin, je tiens à remercier Florent Stoelzaet. Merci d'apaiser mes angoisses et d'être la clé de mes réussites. La vie serait moins belle sans toi.

Table des matières

Introduction 1
Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires 3
Chapitre 1 : Présentation de l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA) 4
Section 1 : Origine et adoption 4
§ 1 : Développement de la notion de secret d'affaires sous la common law 4
§ 2 : Le secret d'affaires sous l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA) 8
§ 3 : L'intervention de différents actes à la suite de l'UTSA 10
Section 2 : Principaux éléments de la définition du secret d'affaires 12
§ 1 : Passage de critères définis comme des « guidelines » aux critères cumulatifs 12
§ 2 : Présentation des principales exigences de la définition du secret d'affaires 13
Conclusion de l'analyse du régime juridique états-unien du secret d'affaires 23
Chapitre 2 : Analyse des dispositions relatives au secret d'affaires dans l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) 24
Section 1 : Liens avec la protection des secrets d'affaires 24
§ 1 : L'accord sur les ADPIC et ses objectifs 24
§ 2 : Consécration du secret d'affaires dans l'accord sur les ADPIC 24
Section 2 : Caractéristiques du régime de l'article 39(2) de l'accord sur les ADPIC 27
§ 1 : Définition des renseignements non divulgués et origine du régime 27
§ 2 : Les exigences requises 29
Conclusion de l'analyse du cadre légal des secrets d'affaires de l'accord sur les ADPIC 34
Chapitre 3 : Examen du cadre légal de la directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (EU-TSD) 35
Section 1 : Contexte européen et adoption de l'EU-TSD 35
§ 1 : Présentation de la directive européenne 35
§ 2 : Objectifs et limites de la directive 36
§ 3 : Réponse trouvée au débat entre droit de la propriété intellectuelle et concurrence déloyale ? 38
Section 2 : Caractéristiques du régime du secret d'affaires de l'EU-TSD 39
§ 1 : Définition du secret d'affaires au sein de la directive 39
§ 2 : Les exigences requises 40
Section 3 : Transposition de l'EU-TSD au sein des régimes juridiques des États membres 47
§ 1 : Le régime juridique belge du secret d'affaires 47
§ 2 : Le régime juridique allemand du secret d'affaires 49

Conclusion de l'analyse du régime juridique des secrets d'affaires de l'EU-TSD 51
Conclusion partielle 52
Partie 2 : Philosophies judiciaires des USA et de l'UE en matière de secret d'affaires 53
Chapitre 1 : Contentieux judiciaire états-unien en matière de secret d'affaires 53
Section 1 : Le contentieux indemnitaire 54
§ 1 : La quantification des dommages 54
§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires 56
Section 2 : La transparence du contentieux 57
§ 1 : Le système américain et « l'honnêteté judiciaire » 57
§ 2 : Le rôle du juge dans « l'honnêteté judiciaire » 58
§ 3 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires 59
Section 3 : Le rôle des autorités administratives 60
§ 1 : Le contentieux administratif américain 60
§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires 62
Conclusion sur la philosophie judiciaire états-unienne en matière de secret d'affaires 62
Chapitre 2 : Contentieux judiciaire européen en matière de secret d'affaires 63
Section 1 : Le contentieux indemnitaire 63
§ 1 : La quantification forfaitaire des dommages 63
§ 2 : Les montants de l'indemnisation 64
§ 3 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires 65
Section 2 : La transparence du contentieux européen 66
§ 1 : L'intégrité judiciaire et le respect de celle-ci 66
§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires 68
Section 3 : Le rôle du contentieux administratif 69
§ 1 : Le contentieux administratif 69
§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires 70
Conclusion sur la philosophie judiciaire européenne en matière de secret d'affaires 71
Conclusion partielle 72
Conclusion finale 73
Bibliographie 76
1. Législation 76
Droit romain 76
Internationale 76
Européenne 76
Belge 76
Française 77
Allemande 77

Etats-unienne 77
2. Jurisprudence 78
Européenne 78
Belge 78
Française 78
Allemande 79
Etats-Unienne 79
Federal Supreme Court *79*
States Supreme Courts *79*
Superior Courts *79*
Courts of Appeal *79*
Circuit Courts *80*
District Courts *80*
3. Doctrine 81

Introduction

Le secret d'affaires, bien qu'il se présente comme une problématique actuelle, n'est pas une notion très récente. Au contraire, ce concept semble trouver ses prémices au sein du droit romain et plus particulièrement dans *l'actio servi corrupti*[1], l'action de corrompre un esclave. Selon certains auteurs, sous ses aspects commerciaux, cette action donnait la possibilité pour un concurrent d'agir contre un autre pour des actes déloyaux occasionnés par l'interférence du second concurrent avec l'esclave du premier.[2]

La volonté de se protéger et de rester compétitif face à un concurrent s'est donc révélée très tôt dans notre société et est devenue une préoccupation essentielle dans un monde entrepreneurial en croissance. Dans ce contexte, ce sont les États-Unis qui ont ouvert la danse en établissant la première réglementation en la matière à savoir, l'Uniform Trade Secrets Act.[3] Avec cette démarche, leur principale volonté était d'assurer que les États-Unis demeurent un pays économiquement fort et innovant.

Face à cette tendance à la réglementation en la matière et l'importance grandissante accordée à la protection de secrets d'affaires, certaines organisations internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou encore l'Union européenne se sont vues dans l'obligation de réagir. A cet égard, elles ont à leur tour adopté des actes avec pour objectif d'harmoniser le régime de protection des secrets d'affaires.

Il ressort de cette situation que la protection des secrets d'affaires est réglementée dans une large partie du monde.

Pourtant, bien que des régimes juridiques soient en place, l'appropriation illicite d'informations confidentielles reste un sujet à la une de l'actualité. Cela s'illustre notamment par l'exemple marquant de l'ancien député belge du Vlaams Belang, Monsieur FRANK CREYELMAN[4], qui a

[1] Digeste, 11.3.
[2] A. SCHILLER, « Trade Secrets and the Roman Law; the Action Servi Corrupti », *Columbia Law Review*, vol. 30, n°6, 1930, p. 842.
[3] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, 1979 (1985).
[4] L. VAN DE BERG, « L'ancien député Vlaams Belang Frank Creyelman piloté par l'espionnage chinois », RTBF (15 décembre 2023), https://www.rtbf.be/article/l-ancien-depute-vlaams-belang-frank-creyelman-pilote-par-l-espionnage-chinois-11301626 (Date de dernière consultation : 5 mai 2024).

vendu certaines informations sur la politique belge à des espions chinois durant des années. Le cas de Monsieur CREYELMAN n'est pas isolé, puisqu'on retrouve pareille situation avec Monsieur MAXIMILIAN KRAH, collaborateur de la tête de liste de l'extrême droite pour les élections européennes du mois de juin, accusé d'être un espion à la solde de Pékin[5] ou encore avec Monsieur EGISTO OTT, inculpé pour le transfert des données de smartphones de plusieurs hauts responsables autrichiens au FSB, le service de renseignement russe.[6]

Les insécurités en la matière sont donc particulièrement présentes et les intérêts en jeu sont loin d'être minimes. Ce travail aura notamment pour objectif d'essayer d'analyser les raisons pour lesquelles, malgré un régime juridique partagé par un nombre important d'États, de telles incertitudes persistent encore en matière de secrets d'affaires.

Le travail sera organisé de la manière suivante :

Nous commencerons l'étude par une première partie consacrée à une analyse théorique des régimes légaux en matière de secret d'affaires. Chacun des chapitres sera consacré à un acte législatif distinct à savoir, l'Uniform Trade Secrets Act[7], l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce[8] et la directive européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites[9]. Une brève description du contexte et des caractéristiques de ces actes sera proposée et nous nous concentrerons tout particulièrement sur l'analyse des exigences requises par la définition de secret d'affaires reprise dans chacun des actes. La présentation chronologique des différentes réglementations permettra d'effectuer des comparaisons entre elles afin de constater les potentielles évolutions au fil des années. Au cours

[5] P. BENAZET, « "Chinigate" au Parlement européen : Bruxelles, un nid d'espions ? », RFI (3 mai 2024), https://www.rfi.fr/fr/europe/20240503-chinagate-au-parlement-européen-bruxelles-un-nid-à-espions (Date de dernière consultation : 6 mai 2024).
[6] J.F. HERBECQ, « Le scandale d'espionnage qui secoue l'Autriche, mettant à nu les réseaux secrets russes en Europe », RTBF (10 avril 2024), https://www.rtbf.be/article/le-scandale-d-espionnage-qui-secoue-l-autriche-mettant-a-nu-les-reseaux-secrets-russes-en-europe-11357046 (Date de dernière consultation : 6 mai 2024).
[7] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, 1979 (1985).
[8] Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994.
[9] Directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret d'affaires), contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, 15 juin 2016, L. 157/1.

de cette partie, nous proposerons certaines recommandations pour chacun des actes afin d'assurer clarté et précision en la matière.

La seconde partie de ce mémoire sera consacrée à une analyse davantage dynamique de la réglementation des secrets d'affaires. En effet, après cette analyse théorique des actes réglementaires, nous examinerons l'application de ces réglementations afin de comprendre la manière dont sont réglés les litiges en matière de secret d'affaires. L'objectif principal de cette partie sera alors de comprendre pourquoi la gestion des conflits est si distincte en Europe et aux États-Unis. Dans ce cadre, nous analyserons certains aspects des contentieux européen et états-unien afin d'appréhender les philosophies judiciaires ancrées dans ces deux régions du monde.

Enfin, nous relèverons en conclusion les enseignements que nous avons tirés tout au long de ce travail.

Nous précisons d'ores et déjà qu'au-delà de cette vision théorique, ce travail sera complété d'un prochain mémoire qui analysera de manière pratique la question de l'application des régimes des secrets d'affaires. En effet, face à un régime juridique qui n'a pas fait ses preuves, les entreprises pourraient s'interroger sur l'intérêt de mettre en place un régime de protection des secrets d'affaires coûteux, qui n'aura potentiellement pas la capacité d'arrêter les appropriations illicites des informations confidentielles. Les conclusions finales de cette étude ne pourront donc être rédigées qu'à l'issue de ce second mémoire dans lequel l'ensemble de ces enseignements seront articulés.

Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires

Dans le cadre de cette comparaison des cadres légaux internationaux en matière de secret d'affaires, il n'est pas anodin de commencer par la présentation de l'acte états-unien, à savoir, l'Uniform Trade Secrets Act. En effet, l'ensemble des régimes juridiques que nous étudierons par la suite trouvent leur source dans cet acte. Il semble alors primordial de commencer cette analyse par les prémices afin de comprendre les sources et les évolutions de l'ensemble des actes internationaux.

Nous précisons que dans cette partie nous n'examinerons que les définitions des secrets d'affaires et non les régimes dans leur entièreté. Néanmoins, puisque la définition d'un objet permet généralement de définir ses limites et, par conséquent, de déterminer ses caractéristiques distinctives, la simple analyse de ces définitions nous permettra d'ores et déjà d'apporter un regard critique quant à la clarté des cadres légaux en la matière.

Chapitre 1 : Présentation de l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA)

Section 1 : Origine et adoption

Bien que l'Uniform Trade Secrets Act (ci-après UTSA) date de 1979, les États-Unis reconnaissaient le concept de secret d'affaires bien avant cet acte. Cette ancienneté s'explique notamment par le fait que le succès d'une activité économique dépende entre autres de sa capacité à obtenir et à maintenir un avantage compétitif sur le marché. Et dans ce cadre, lorsqu'une entreprise réussit à développer un tel avantage, il devient primordial qu'elle détienne le pouvoir de le protéger.[10] Cette problématique, les États-Unis l'ont assez rapidement comprise. Ils ont alors voulu réagir afin de protéger ces avantages leur permettant de garder une position de supériorité sur un marché tendant vers la globalisation.

§ 1 : Développement de la notion de secret d'affaires sous la common law

Face à cette nécessité de réglementation, la problématique de la protection du secret d'affaires s'est tout d'abord développée dans la common law.[11] Il faudra attendre un certain temps avant d'en obtenir une consécration juridique uniforme.

Le premier cas de jurisprudence en matière de secret d'affaires est probablement celui de 1837 consacrant le fait qu'un accord de vente d'un procédé secret n'était pas nul en tant qu'entrave

[10] House of representatives, Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet, Committee on the Judiciary, *Trade secrets : promoting and Protecting American Innovation competitiveness and market access in Foreign markets*, Washington, U.S. Government printing Office, 2014, p.44.
[11] R. DENICOLA, "The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law" *in The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research* (R. DREYFUSS, K. STRANDBERG, eds.), Edward Elgar Press, 2011, p.18.

au commerce.[12] Après coup, s'est ensuivi un nombre substantiel de jurisprudences en cette matière.

Il n'est donc pas tout à fait exact de considérer que, jusque 1979, date d'adoption de l'UTSA, il n'existait aucun droit du secret d'affaires. En effet, différents droits en la matière se sont développés à la suite des décisions rendues pas les juridictions du pays. Certaines de ces juridictions mettaient l'accent sur les droits de propriété du détenteur du secret d'affaires[13], d'autres sur le manquement à l'obligation de bonne foi[14] ou encore sur les principes de la concurrence déloyale[15]. Un droit épars voit alors le jour et le manque d'uniformité devient de plus en plus problématique face à la croissance du commerce interétatique.[16] A cet égard, nous pouvons citer CHARLES T. GRAVES qui soulève l'importance de cette question lorsqu'il déclare que « reconnaître différentes définitions du secret, c'est reconnaître que l'ensemble du régime peut servir des objectifs politiques incohérents, voire contradictoires ». [17]

Afin d'éviter une protection incohérente du secret d'affaires, une première tentative d'uniformisation des développements jurisprudentiels a vu le jour avec le « Restatement (First) of Tort ». Bien que ce Restatement n'ait pas de force juridique contraignante, il est considéré comme une source de droit secondaire et influence de manière substantielle les décisions rendues par les juridictions.[18] On retrouve alors la consécration du secret d'affaires au §757 du Restatement, et plus particulièrement au commentaire b) qui tente d'apporter une définition à cette notion

> « *A trade secret may consist of any formula, pattern, device, or compilation of information which is used in one's business, and which gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it. It may be a formula for chemical compound, a process of manufacturing, treating or preserving materials, a pattern for a machine or other device, or a list of customers.* » [19]

---

[12] *VICKERY V. WELCH*, 36 Mass. (19 Pick) 523 (1837).
[13] *ELATERITE PAINT & MFG. CO. V. S.E. FROST CO.,* 117 N.W. 388 (1908); *MANN V. TATGE CHEMICAL CO.*, 201 Kan. 326, 440 P. 2d 640 (1968).
[14] *NORTHERN PETROCHEMICAL CO. V. TOMLISON*, 484 F. 2d 1057 (7th Cir. 1973); *VALCO CINCINNATI, INC. V. N & D MACHINING SERV*., Inc., 492 N.E.2d 814 (1986).
[15] *EASTMAN CO. V. REICHENBACH*, 20 N.Y.S. 110 (1892); *CHICAGO LOCK CO. V. FANBERG*, 676 F. 2d 400 (9th Cir. 1982).
[16] R. DENICOLA, «The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law », *op. cit*, p.19.
[17] T.C. GRAVES, «Trade secrecy and common law confidentiality: the problem of multiple regimes », *in The Law and Theory of Trade Secrecy*, (DREYFUSS and STRANDBURG), Cheltenham, 2011, p. 78.
[18] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding*, Munich Studies on innovation and Competition, vol.19, Springer, 2023, pp. 32-34.
[19] American Law Institute, *Restatment (First) of Torts*, 1939, §757, cmt. b.

Cette définition a été reprise dans de nombreux cas de jurisprudences[20] et a été pendant un certain temps largement suffisante afin de protéger le secret d'affaires. Dans ce Restatement, l'approche généralement retenue est celle de l'obligation générale de bonne foi. Dans ce cadre, puisque l'objectif est de venir prohiber certains comportements, il n'était pas nécessaire de fournir une définition plus précise de ce secret d'affaires.[21] Il était même considéré qu'une définition du secret d'affaires n'était pas possible.[22]

Parallèlement à cette vision, l'analyse de cette définition permet d'adopter une autre approche, cette fois-ci plus subjective, du secret d'affaires. Cette approche reconnaît certaines prérogatives à un sujet de droit particulier. Dans ce cadre, un lien est progressivement réalisé entre ces secrets d'affaires et différents droits de propriété intellectuelle. On voit alors qu'en définissant le secret d'affaires comme étant une formule, une composition chimique ou une liste de clients, la définition vise des informations qui présentent une valeur objective séparable de l'entreprise qui les possède. Au regard de cette interprétation tendant vers les droits de propriété intellectuelle, la définition vague et abstraite, voire l'absence de cette définition, semble devenir inadéquate.[23]

Face à cette inadéquation, le Restatement offre une solution supplémentaire. Les auteurs de cet acte ont établi une liste de six critères permettant de déterminer si l'information peut être qualifiée de secret d'affaires. [24] Les juges pourraient alors conclure à l'existence d'un secret d'affaires sur la base de :

(1) la mesure dans laquelle l'information est connue en dehors de son entreprise ;
(2) la mesure dans laquelle elle est connue des employés et des autres personnes impliquées dans son entreprise ;
(3) l'étendue des mesures qu'il a prises pour préserver le secret de l'information ;

---

[20] *CARL FRANCISCO INV. CORP. V. VRIONIS,* 14 Cal. App. 3d 318, (1971) ; *DIODES, INC. V. FRANZEN*, 260 Cal. App. 2d 244 (1968).
[21] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding*, *op.cit*., p. 35.
[22] American Law Institute, *Restatment (First) of Torts*, 1939, §757, cmt. B ; D.L. WEAR, *A Balanced Approach to Employer-Employee Trade Secrets Disputes in California*, 31 Hastings L.J. 671, 1980, p. 671.
[23] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p.36.
[24] S. NASHKOVA, « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward? », *IIC* 54, 2023, p. 639. Disponible à : https://doi.org/10.1007/s40319-023-01310-1

(4) la valeur de l'information pour lui et pour ses concurrents ;
(5) l'importance des efforts ou de l'argent qu'il a consacrés à l'élaboration de l'information ;
(6) la facilité ou la difficulté avec laquelle l'information pourrait être correctement acquise ou reproduite par d'autres.[25]

Il est essentiel de relever le fait qu'avec ce système de réglementation par la common law, ces critères n'étaient considérés que comme des indices et non pas comme des critères exhaustifs et cumulatifs.[26] A cet égard, de nombreuses juridictions ont rappelé dans leurs examens relatifs à l'existence de secrets d'affaires que ces critères ne représentaient que des lignes de conduite. Il n'était donc pas nécessaire qu'ils soient tous respectés pour pouvoir conclure à l'existence du secret.[27] Nous verrons que, malgré la consécration juridique étatique du secret d'affaires, ces critères sont dans certains cas encore utilisés comme des guides d'interprétation pour les juges.[28]

Cependant, rapidement, un constat est établi : le Restatement n'est pas la solution idéale afin d'atteindre une réglementation cohérente et uniforme du secret d'affaires.[29] Il faut noter que les juges n'appliquent pas de manière systématique la liste de critères préétablis caractérisés par des interprétations diverses. De plus, la tentative de définition donnée dans le §757 du Restatement n'est pas beaucoup plus utilisée en raison de l'incertitude qui la caractérise. Rappelons que tant la définition que les critères ne sont pas contraignants pour les juridictions.[30] Dans ce cadre, malgré la volonté d'uniformisation et de clarification dans cette matière, les juges déclarent toujours que :

> « *a definition of the possible objects of trade secrecy is undoubtedly subject to variations and change as the facts of any particular case might dictate* »[31].

---

[25] American Law Institute, *Restatment (First) of Torts*, 1939, §757, cmt.b.
[26] W. VAN CAENEGEM, *Trade Secrets and Interllectual Property : Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2014, pp. 112-113.
[27] *ILG INDUSTRIES, INC. V. SCOTT*, 49 Ill. 2d 88, 273 N.E.2d 393 (1971).
[28] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA – Conclusion de l'analyse du régime juridique états-unien du secret d'affaires ».
[29] S. GETTINGS, « Burbank Grease Services, LLC v. Sokolowski: Frustrating Uniformity in Trade Secret Law.», *Berkeley Technology Law Journal* 22, no. 1, 2007, p. 428 ; Par exemple, *LEAR SIEGLER INC. V. ARK-ELL SPRINGS INC.*, 569 F. 2d 286, 288-9 (5th Cir. 1978) exprime que « *the term "trade secret" is one of the most elusive and difficult concepts in the law to define* ».
[30] D.S. ALMELING, *Four reasons to enact a federal Trade Secrets Act*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 76911, 2009, p. 773.
[31] *ILG INDUS V. SCOTT*, 273 N.E.2d 393, 395 (1971).

La situation ne se clarifie pas lorsque, dans la rédaction du Restatement (Second) of Torts[32], les auteurs décident de supprimer toutes les dispositions relatives au secret d'affaires. Dans ce contexte, les juges sont à nouveau démunis dans l'interprétation de cette notion.[33] Face à ce vide juridique, une intervention afin d'établir une définition uniforme devient primordiale.

§ 2 : Le secret d'affaires sous l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA)

A. Présentation de l'UTSA

Dans un objectif de cohérence, la notion de secret d'affaires est ensuite, consacrée au sein de l'Uniform Trade Secrets Act adopté en 1979 et réformé en 1985.[34]

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'UTSA n'est pas la première source juridique reconnaissant le secret d'affaires. Il intervient plutôt comme une solution face à l'incohérence et l'imprécision qui caractérise le régime du secret d'affaires sous la common law. Comme l'American Law Institute (ALI) ayant adopté le Restatement, l'institution ayant adopté l'UTSA, à savoir l'Uniform law Commission (ULC), n'a pas d'autorité de législation. Cependant, à la différence du Restatement, l'acte promulgué par l'ULC est proposé pour être mis en œuvre au sein des ordres juridiques des États américains[35], le but étant de les encourager à développer des régimes caractérisés par une certaine cohérence, voire une uniformisation.[36] Les États gardent la possibilité d'adapter cet acte selon les circonstances locales ou de ne pas l'adopter du tout.[37] Malgré cette possibilité, une large majorité des États a procédé à l'adoption.[38]

---

[32] American Law Institute, *Restatment (Second) of Torts*, 1979.
[33] S. GETTINGS, « Burbank Grease Services, LLC v. Sokolowski: Frustrating Uniformity in Trade Secret Law. », *Berkeley Technology Law Journal* 22, *op. cit*., p. 429.
[34] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, 1979 (1985).
[35] S. NASHKOVA, « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward ? », *op. cit*., p.642.
[36] S. GUERNSEY, K. JOHN, L.P. LITOV, « Actively Keeping Secrets From Creditors: Evidence From the Uniform Trade Secrets Act », *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2022, p. 2524.
[37] S. NASHKOVA, « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward ? », *op. cit*., p.642.
[38] Les Etats ayant adopté cet acte sont : Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Californie, Colorado, Connecticut, Delaware, District de Columbie, Floride, Géorgie, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiane, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nouveau-Mexique, Dakota du Nord, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvanie, Puerto Rico, Rhode Island, Caroline du Sud, Dakota du Sud, Tennessee, Texas, Iles Vierges des Etats-Unis, Utah, Vermont, Virginie, Washington, Virginie-Occidentale, Wisconsin, et Wyoming.

B. La définition du secret d'affaires dans l'UTSA

Une définition émerge alors par cet acte. Afin d'établir cette définition du secret d'affaires, les auteurs de l'UTSA ont créé du neuf avec de l'existant. En effet, ces derniers ont décidé de reprendre certains des critères établis par le Restatement. La différence substantielle avec l'UTSA est que ces critères ne sont plus considérés comme des lignes directrices, mais deviennent de véritables exigences.[39] A cet égard, pour qu'une information soit qualifiée de secret d'affaires, elle doit répondre aux exigences reprises dans la définition. Le secret d'affaires est donc défini comme tel :

> *« Trade Secret means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process that:*
>
> *(i) derives independent economic value, actual or potential from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use and*
>
> (ii) *is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy. »* [40]

Un développement plus précis des différents critères sera réalisé dans la suite de cette étude. [41]

En outre, notons que cette notion de secret d'affaires peut tant se rattacher au droit de la propriété intellectuelle qu'au droit de la concurrence déloyale. A l'heure actuelle, le législateur américain n'a pas su se positionner concernant le choix entre ces deux modèles. Pourtant, cette différenciation va au-delà de la simple distinction formelle puisqu'elle est basée sur les types de défaillance du marché que ces modèles sont censés résoudre.[42]

---

[39] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p. 38.
[40] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 (4), 1979 (1985).
[41] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».
[42] Pour en savoir plus *cf.* L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* pp.15-28 mais aussi *cf.* E. GOLDMAN, « The defend Trade Secrets Act isn't an "intellectual property" law », *Santa Clara high technology law journal*, vol. 33, 2017.

C. La critique de l'UTSA

Bien que, comme son nom l'indique, l'UTSA vise l'uniformisation du régime, et plus particulièrement de la définition du secret d'affaires, cet objectif n'a que très peu été atteint. En effet, puisque l'UTSA n'a pas de force juridique contraignante, certains États ne l'ont pas adopté mais surtout, la plupart des États ont adopté des modifications à cet acte. Face à cette situation, les législateurs ont suggéré de faire intervenir des réglementations supplémentaires afin d'encadrer au mieux cette matière. Cependant, nous verrons que ces adoptions postérieures n'ont pas toujours permis d'atteindre les résultats souhaités.

§ 3 : L'intervention de différents actes à la suite de l'UTSA

Face aux évolutions caractérisant les années suivant l'adoption de l'UTSA et les faiblesses de cet acte, il était nécessaire de prévoir certains amendements à la définition du secret d'affaires. Pour remédier à ces lacunes, l'Economic Espionage Act et le Defend Trade Secret Act ont été adoptés.[43]

A. Adoption de l'Economic Espionage Act (EEA)

L'EEA [44] est une loi pénale venant élargir la définition du secret d'affaires. Elle le définit comme étant :

> « *all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if (A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and (B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by the public* »

Cette définition présentait certaines limites et l'EEA a donc été modifié en 2012 par le Theft of Trade Secrets Clarification Act. [45]

---

[43] J. POOLEY, D. GREEN et al., « Understanding the Defend Trade Secrets Act: the federalization of trade secrecy", *Loyola Los Angel Law Rev,* 50:331, 2017, p. 335; S. NASHKOVA, "Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward ?", *op. cit*., p. 642.

[44] U.S. Federal Government, *Economic Espionage Act of 1996 (EEA),* 18 USC §1831-1839, Pub.L. 104–294, 110 Stat. 3488.

[45] U.S. Congress, *Theft of Trade Secrets Clarification Act*, Pub L No. 112-236, 126 Stat 1627 (2012). Pour en savoir plus *cf.* United States Congress Senate Committee on the Judiciary, *Economic espionage and trade secret*

B. Adoption du Defend Trade Secret Act (DTSA)

Le DTSA[46] est une réglementation fédérale venant modifier l'EEA. Le DTSA crée une cause d'action privée fédérale en cas de détournement de secrets commerciaux.[47] En effet, bien que l'UTSA offre déjà cette possibilité, son échec dans la tentative d'uniformisation du régime a mené le législateur à renforcer la protection civile du secret d'affaires. [48] L'objectif premier du DTSA était alors d'en moderniser les aspects civils et plus particulièrement de créer « une législation fédérale étroitement définie en matière d'appropriation illicite de secrets d'affaires qui prévoit des règles claires et prévisibles, la possibilité pour les victimes d'agir rapidement pour protéger leurs secrets d'affaires avant qu'ils ne soient diffusés. » [49]

Le secret d'affaires est ainsi défini selon le DTSA comme étant,

> « *all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if – (A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and (B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, another person who can obtain economic value from the disclosure or use of the information.* » [50]

Cependant, on ne peut pas affirmer que l'objectif de précision ait effectivement été atteint. Malgré certains amendements, la définition fédérale du secret d'affaires est établie en des termes similaires à ceux de l'UTSA, et même plus large encore.[51] Au regard de cette similarité nous voyons que les juges fondent la plupart du temps leurs interprétations tant sur le DTSA

---

theft: are our laws adequate for today's threats? : hearing before the Committee on the Judiciary, United States Senate, One Hundred Thirteenth Congress, second session, May 13, 2014, Washington, U.S. Government Publishing Office, 2016.

[46] U.S. Congress, *Defend Trade Secrets Act of 2016 (DTSA)*,18 USC §1836, Pub.L. 114-153, 130 Stat. 376.

[47] S. NASHKOVA, « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward ? », *op. cit*., p. 647.

[48] J. POOLEY, « The myth of the trade secret troll : why the Defend Trade Secrets Act improves the protection of commercial information», *George Mason maw rev*, 23 (4):1045, 2016, p. 1050.

[49] K. BEAUCHAMP, « The failures of federalizing trade secrets : why the Defend Trade secrets Act of 2016 should preempt state law », *Miss. Law J*., 86:1031, 2017, p. 1033

[50] U.S. Congress, *Defend Trade Secrets Act of 2016 (DTSA)*,18 USC §1836(3).

[51] S. NASHKOVA, « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward ? », *op. cit*. p. 650.

que sur la loi préexistante de l'État.[52] L'interprétation de la DTSA se fera donc au travers des précédents préexistants de l'UTSA.[53]

Face à cette analyse nous constatons que législateur américain n'a donc su, malgré ses nombreuses interventions, établir une définition claire et précise du secret d'affaires afin de guider les juges dans leur interprétation.

Section 2 : Principaux éléments de la définition du secret d'affaires

Cette section portera sur l'analyse des critères repris dans la définition du secret d'affaires de l'UTSA. Comme nous avons pu le constater plus tôt dans cette étude, l'interprétation des juges se base essentiellement sur l'UTSA malgré l'adoption d'actes nouveaux. A cet égard, il convient d'analyser les critères de cet acte afin d'avoir une compréhension du régime en vigueur.

§ 1 : Passage de critères définis comme des « guidelines » aux critères cumulatifs

L'UTSA a eu pour objectif d'élever certains des critères dégagés par la common law en des exigences devant être nécessairement rencontrées afin de conclure à l'existence d'un secret d'affaires. Cette démarche n'est cependant pas toujours considérée comme un élément positif.[54] Dans la mesure où les critères doivent être vérifiés individuellement, il semble nécessaire que les juges disposent de définitions claires de chacun des concepts.[55] Pourtant, en ce qui concerne certaines exigences nous verrons qu'à l'heure actuelle il n'est pas toujours possible de fournir de définition précise.[56] C'est donc dans ce cadre que l'UTSA démontre ses limites.

---

[52] *FREEDOM MED. INC. V. WHITMAN,* 343 F. Supp. 3d 509 (E.D. Pa. 2018) ; *WANG V. GOLF TAILOR, LLC*, Case No. 17-cv-00898-LB (N.D. Cal. 2017).
[53] P. RUELLE, « The Defend Trade Secrets Acts : why interpreting the new law on its own terms promotes uniformity », *Marquette Intellect. Prop. Law Rev*., 21:249, 2017, p. 255.
[54] W. VAN CAENEGEM, *Trade Secrets and Interllectual Property: Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, *op.cit*., pp. 112-113.
[55] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p. 40.
[56] R. BONE, « Trade Secrecy, Innovation, and the Requirement of Reasonable Secrecy Precautions », *in The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research* (R. DREYFUSS, K. STRANDBERG, eds.), Edward Elgar Press, 2011, p. 14.

§ 2 : Présentation des principales exigences de la définition du secret d'affaires

Ce paragraphe est donc dédié à un examen approfondi des exigences reprises dans l'UTSA afin d'appréhender leurs implications et leurs limites. Nous commencerons par l'étude de la condition de secret (A), ensuite nous analyserons la signification de la notion de « valeur économique » (B). Nous terminerons par examiner le critère de mise en place d'efforts raisonnables de protection. (C).

Dans l'ensemble de cette section, nous utiliserons le terme « information » puisqu'il est repris dans l'UTSA. Nous n'accorderons pas de développement particulier à cette notion. Néanmoins, nous pouvons constater qu'au regard de la définition du secret d'affaires (*a formula, pattern, compilation, program, [...]*), ce terme n'est pas défini de manière précise dans l'UTSA et est la source de nombreuses ambiguïtés.[57]

A. Le caractère secret de l'information

> *"The essential characteristic of a trade secret [is]…secrecy"*[58].

Comme nous l'avons déjà relevé ci-dessus, pour pouvoir être qualifiée de secret d'affaires, l'information doit « tirer une valeur économique indépendante, actuelle ou potentielle, du fait qu'elle n'est pas généralement connue et facilement déterminable par des moyens appropriés par d'autres personnes susceptibles d'obtenir une valeur économique de sa divulgation ou de son utilisation ».[59]

Cette partie de la définition du secret d'affaires révèle que pour qu'une information puisse être qualifiée de secret d'affaires, deux premiers éléments doivent impérativement être respectés. Il faudra que l'information ne soit pas généralement connue (i) et qu'elle soit difficilement déterminable (ii). Cependant, certaines juridictions n'établissent pas de distinction entre ces deux exigences et les analysent comme étant un seul et unique critère. Cela s'explique par le

[57] Pour en savoir plus *cf*. J. PIPER, « I have a Secret ? Applying the Uniform Trade Secrets Act to Confidential Information That Does Not Rise to the Level of Trade secret Status », *12 Marq. Intellectual property L. rev*., 2008, pp. 365-367 ; L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., pp. 43-51.
[58] *J.T. HEALY & SON &, INC. V. JAMES A. MURPHY & SON, INC*., 260 N.E. 2d 723, 730 (Mass. 1970) ; *KOCH ACTON, INC. V. KOLLER*, Civil Action 21-10374-FDS (D. Mass. 2024).
[59] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 (4), 1979 (1985).

fait que le caractère « déterminable » est plus large que le caractère « généralement connu ». Pour cette raison, si une information est connue, elle sera également déterminable.[60] Face à cette situation, certains États ont décidé de ne reprendre qu'un seul de ces deux éléments dans la législation transposant l'UTSA dans leur ordre juridique.[61]

(i) Le caractère « non généralement connu »

Cette exigence exprime le fait que le secret ne doit pas obligatoirement être absolu.[62] Dans ce cadre, la protection jouera tout de même bien que le détenteur du secret ne soit pas le seul ayant connaissance de cette information.

Afin d'être en mesure d'interpréter cette notion de manière plus précise, l'UTSA a donné certaines lignes directrices dans un de ses commentaires lorsqu'il exprime que :

> *« The language "not being generally known" ... by other persons does not require that information be generally known to the public for trade secret rights to be lost. If the principal persons who can obtain economic benefit from information are aware of it, there is no trade secret. »*[63]

On peut déduire de cette déclaration que ce n'est pas la connaissance du public en général qui importe. Il faudra plutôt examiner si l'information est connue par des personnes intéressées par celle-ci. Le caractère généralement connu ou non se détermine par la connaissance de l'information par des personnes qui pourraient bénéficier de son utilisation et de leur connaissance dans un domaine spécifique de l'industrie.[64]

En suivant cette interprétation, une difficulté peut survenir. Il suffit qu'un seul acteur du marché n'ait pas accès à cette information pour que cela offre un avantage concurrentiel à l'ensemble des autres acteurs en possession de cette information. Cette interprétation a pour conséquence

---

[60] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p. 60.
[61] Voir par exemple art. 3426.1 (d) (1) California Civil Code qui exprime que « *the information must only derive independent economic value, actual or potential, from not being generally known to the public or to other persons who can obtain economic value from its disclosure or use* ».
[62] TAIDOC TECH. CORP. V. OK BIOTECH CO., No. 12 CVS 20909 (N.C. Super. Ct. 2016) : "absolute secrecy at all times and in all circumstances is not required".
[63] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 cmt p.6, 1979 (1985).
[64] E. ROWE, S. SANDEEN, *Trade Secret Law: Cases and Materials*, 2nd edn., West Academic Publishing, 2017, p. 93.

que le régime du secret d'affaires est disposé à s'appliquer à toutes les informations qui ne sont pas dans le domaine public. Nous sommes donc face à une interprétation très extensive.[65]

(ii) Le caractère « déterminable »

Par l'analyse de ce critère, les juges tentent d'évaluer la facilité avec laquelle un secret d'affaires peut être découvert par des moyens légitimes.[66] A nouveau, afin d'interpréter cette notion nous pouvons nous référer à un commentaire de l'UTSA qui exprime que :

> *« Information is « readily ascertainable » if it is available in trade journals, reference books, or published materials. Often, the nature of a product lends itself to being readily copied as soon as it is available on the market. On the other hand, if reverse engineering is lengthy and expensive, a person who discovers the trade secret through reverse engineering can have a trade secret in the information obtained from reverse engineering.* »[67]

Au-delà de ne pas être généralement connue, l'information ne doit pas non plus être disponible par le biais de sources accessibles qui pourraient permettre une diffusion de cette information. Cette exigence supplémentaire vient limiter le champ d'application de la protection prévue par l'UTSA.[68]

Notons que l'UTSA précise que l'information doit être difficilement déterminable « par des moyens appropriés ». Cette condition est ajoutée afin de protéger les détenteurs dont le secret a été découvert par des moyens illégaux. Il existe cependant une incertitude face à l'interprétation de ces notions. En effet, lors de l'analyse de la jurisprudence, nous constatons que par exemple le Tribunal de District des États-Unis pour le District nord de la Géorgie met l'accent sur la nature de l'information lorsqu'il considère que le caractère inapproprié est peu pertinent si l'information peut être déterminée par des moyens appropriés.[69] *A contrario*, la Cour d'appel du Cinquième Circuit des États-Unis déclare qu'à partir du moment où le secret a été obtenu de manière inappropriée, la protection sera accordée au détenteur même si le secret avait pu être

---

[65] J. POOLEY, D. WESTMAN, *Trade Secrets*, Law Journal Seminars-Press, New-York, 1997 (2002), §4.04 [2], p. 16.
[66] *MICROSTRATEGY, INC. V. BUSINESS OBJECTS SA*, 331 F. Supp. 2d 396, 417 (E.D. Va. 2004).
[67] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 cmt p. 6, 1979 (1985).
[68] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p. 59.
[69] *PENALTY KICK MANAGEMENT LTD. V. COCA-COLA CO.*, 164 F. Supp. 2d 1376 (N.D. Ga. 2001) : *« [I]t does not matter whether Defendants actually utilized proper means to obtain the subject information" as long as it is "readily ascertainable by proper means" because "the focus of [the Georgia statute] is not upon the action of Defendants but upon the nature of the information. ».*

obtenu par des moyens appropriés.[70] Une nouvelle incertitude vient donc entacher le régime juridique du secret d'affaires.

B. La valeur économique de l'information

Si nous nous attardons brièvement sur les origines de cette exigence, nous constatons qu'elle trouve sa source dans la common law lorsqu'elle exige que pour bénéficier de la protection, le secret doit conférer à son détenteur un avantage compétitif par rapport à ceux qui ne connaissent pas l'information.[71] En incluant cette notion de valeur économique, l'objectif du législateur américain était donc de codifier l'exigence « d'avantage compétitif » préétablie par la common law.[72] Cependant, malgré cette consécration, il n'existe pas de précision ou de lignes directrices concernant les éléments pouvant accorder une valeur économique à l'information. De nouveau, face aux incertitudes, les juridictions ont dû intervenir afin de donner une tentative d'interprétation.[73]

En outre, la définition prévoit que la valeur économique peut avoir un caractère « actuel ou potentiel ». L'insertion de ce qualificatif « potentiel » permet d'englober les informations qui n'ont pas encore été commercialisées[74] mais également les informations négatives comme celles qui indiqueraient que quelque chose ne fonctionne pas.[75]

Par ailleurs, la valeur économique doit être indépendante. La loi ne donne pas de définition de ce qualificatif. Une première interprétation de cette notion pourrait être que l'information doit avoir une valeur en soi et ne pas dériver d'autres informations.[76] Cependant, pratiquement tous

---

[70] *REINGOLD V. SWIFTSHIPS, INC.*, 126 F. 3d 645 (5th Cir. 1997) : *« [w]hile state trade secret law cannot bar reverse engineering or independent discovery, (. . .) protection will be accorded to a trade secret holder against disclosure or unauthorized use gained by improper means, even if others might have discovered the trade secret by legitimate means. ».*

[71] C. HRDY, « The Value in Secrecy», *91 Fordham L. Rev*. 557, 2022, p. 566.

[72] *Ibid :* Un des critères du Restatement first of Tort reprenait effectivement comme critère « la valeur de l'information pour lui et pour ses concurrents » et la définition du Restatement prévoyait que le secret d'affaires est une information qui « *gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it ».*

[73] S. NASHKOVA, « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward ? *»*, *op. cit.* , p. 655.

[74] *OLSON V. NIEMAN'S LTD*, 579 N.W. 2d 299, 314 (Iowa 1998) ; R.F. DOLE, « Identifying the trade secrets at issue in litigation under the uniform trade secrets act and the federal defend trade secrets act », *Santa Clara High Technology Law Journal, 33*(4), 2017, p.475.

[75] *JOHN-MANVILLE CORP. V. GUARDIAN INDUS CORP.*, 586 F. Supp. 1034, 1074 (E.D. Mich. 1983) voir aussi à cet égard A.H. KHOURY, *The Case Against the Protection of Negative Trade Secrets: Sisyphus' Entrepreneurship*, 54 IDEA 431, 2014, pp. 467-75.

[76] *PROVIDENCE TITLE CO. V. TRULY TITLE CO.*, 547 F. Supp. 3d 585, 611 (E.D. Tex. 2021).

les secrets d'affaires dépendent dans une certaine mesure d'autres informations. Il est donc difficilement envisageable que cette interprétation soit celle que les auteurs avaient à l'esprit.[77] Il serait plus raisonnable de considérer que la valeur économique d'un secret d'affaires doit dériver précisément du fait qu'il est secret.[78] Cette vision a largement été partagée par les juridictions.[79] Au regard de cette interprétation, la condition de valeur économique permet alors de rejeter certains avantages concurrentiels tels que les économies d'échelle qui permettent à une entreprise d'opérer à moindre coût ou encore une expérience particulière dans un domaine. On ne peut appliquer la réglementation du secret d'affaires à ces avantages puisque leur valeur n'est pas due au secret d'un élément d'information. [80]

Selon certaines juridictions et certains auteurs, il existe donc un réel lien entre le caractère secret d'une information et sa valeur économique. Certains pensent même que les deux éléments repris dans le même paragraphe dans la définition de l'UTSA impliquent un réel lien de causalité entre la valeur économique et le secret.[81] On voit par exemple l'interprétation de la Cour du District est de Virginie qui conclut que

> « *the information (. . .) must have independent economic value as a result of not being generally known and not being readily ascertainable by proper means*" and "*in order to have economic value, a trade secret must not be readily ascertainable through legitimate means* ».[82]

A contrario, certains auteurs considèrent que le secret n'implique pas nécessairement une valeur dans le chef de l'information. Ils affirment que « le secret n'est pas une preuve de valeur »[83]. Leur raisonnement se construit alors comme suit : bien que le secret doive impliquer au moins une nouveauté minimale, comme l'a affirmé la Cour Suprême[84], la nouveauté ne traduit pas forcément une valeur économique. Il se peut que cette technique nouvelle, donc peu ou pas connue, soit moins efficace que les techniques partagées.[85] Cette interprétation permet au critère

[77] C. HRDY, « The Value in Secrecy », *op. cit*., p. 575.
[78] J. POOLEY, *Secrets : Managing Information Assets in the Age of Cyberespionage*, Versus Press, 2015, pp. 29-30.
[79] *DTM RSCH., LLC V. AT&T CORP*., 245 F.3d 327, 332 (4th Circ. 2001) ; *BLADEROOM GRP. LTD. V. FACEBOOK, Inc.*, 219 F. Supp. 3d 984 (N.D. Cal. 2017).
[80] C. HRDY, « The Value in Secrecy », *op. cit*., p. 575.
[81] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p. 54.
[82] *MICROSTRATEGY INC. V. BUSINESS OBJECTS SA*, 331 F. Supp. 2d 396 (E.D. Va. 2004).
[83] « *secrecy does not demonstrate value » cf.* C. HRDY, « The Value in Secrecy », *op. cit*., *op. cit.*, p. 557 :
[84] *KEWANE OIL CO. V. BICRON CORP*., 416 U.S. 470, 476 (1974) : « *secrecy, in the context of trade secrets… implies at least minimal novelty* ».
[85] M. RISCH, « Reinventing Usefulness », *BYU L. Rev. 1195*, 2010, p. 1204.

de valeur économique de ne pas se confondre avec celui du secret et de conserver une fonction indépendante.

C. Les efforts raisonnables de protection de l'information

Cette exigence de mettre en place des efforts raisonnables de protection de l'information est sans aucun doute l'exigence entraînant le plus de problèmes d'interprétation de la réglementation du secret d'affaires. Eu égard aux décisions des juridictions en la matière, nous réalisons que la majorité de celles-ci accordent une importance certaine à l'interprétation de cette notion.[86]

(i) Définition et interprétation de l'exigence d'efforts raisonnables de protection

A titre préliminaire, nous tenterons d'apporter une définition à cette exigence. A cet égard, l'UTSA vient donner certaines directions quand il précise dans ses commentaires que

> « *Finally, reasonable efforts to maintain secrecy have been held to include advising employees of the existence of a trade secret, limiting access to a trade secret on "need to know basis", and controlling plant access. On the other hand, public disclosure of information through display, trade journal publications, advertising, or other carelessness can preclude protection. The efforts required to maintain secrecy are those "reasonable under the circumstances." The courts do not require that extreme and unduly expensive procedures be taken to protect trade secrets against flagrant industrial espionage.* »[87]

Nous pouvons également nous référer à la doctrine qui définit ces efforts comme étant « les efforts dirigés vers des secrets d'affaires spécifiques qui sont suffisamment rigoureux pour obliger une autre personne à recourir à des moyens inappropriés, contraires à l'éthique ou illégaux pour découvrir ou utiliser ces secrets d'affaires, mais qui ne sont pas nécessairement d'une telle ampleur qu'ils rendent la découverte impossible. » [88]

Bien que cette notion d'efforts raisonnables soit non plus un critère d'interprétation mais bien une exigence, il n'existe pas de règle précise permettant de s'assurer que ce critère d'efforts

---

[86] *GILLIS ASSOC. INDUS. V. CARI-ALL, INC.*, 206 III. App. 3d 184, 564 N.E.2d 881 (III. App. Ct. 1990) ; *LEARNING CURVE TOYS, INC. V. PLAYWOOD TOYS*, 342 F. 3d 714 (7th Cir. 2003) ; *DANAHER CORP. V. GARDNER DENVER, INC.*, Case No 19-CV-1794-JPS (E.D. Wis. 2020).

[87] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 cmt p.6-7, 1979 (1985).

[88] J.C. CHAPMAN, P.G. O'HARA, D.W. SLABY, *Trade Secret Protection: An Analysis of the Concept Efforts Reasonable Under the Circumstances to Maintain Secrecy*, Santa Clara High Technology L.J., 1989, p. 324.

raisonnables est respecté. L'analyse est donc faite au cas par cas. [89] Le détenteur du secret devra, lorsqu'il mettra en place les mesures de protection, tenir compte de la manière dont un tribunal pourrait apprécier ses efforts *a posteriori* en fonction des facteurs situationnels qui seront pris en considération.[90]

Afin de réaliser cette analyse selon les circonstances, il existe certaines lignes directrices qui permettent de conclure à l'existence ou non de tels efforts. Tout d'abord, il est considéré que les efforts ne doivent pas empêcher les moyens abusifs.[91] A cet égard, la jurisprudence *E.I. duPont deNemours & Company v. Christopher* l'a bien relevé lorsqu'elle affirme que « la loi n'exige pas de précautions déraisonnables pour empêcher une personne de faire ce qu'elle ne devrait pas faire en premier lieu. Des précautions raisonnables sont nécessaires mais une forteresse impénétrable est une exigence déraisonnable. »[92] Il est alors considéré que les efforts raisonnables sont ceux laissant une opportunité minime à l'appropriation illicite (*the misappropriation*) sauf en cas de conduite irrégulière.[93] Nous retrouvons cette interprétation dans les définitions données ci-dessus lorsqu'elles indiquaient que « Les tribunaux n'exigent pas que des procédures extrêmes et indûment coûteuses soient prises pour protéger les secrets commerciaux contre l'espionnage industriel flagrant »[94] ou encore que les efforts « sont suffisamment rigoureux [...] mais ne sont pas nécessairement d'une telle ampleur qu'ils rendent la découverte impossible »[95].

En outre, le détenteur du secret d'affaires doit manifester son intention de maintenir le secret en fournissant des efforts afin de conserver le caractère secret de l'information. La loi exige que ces efforts soient caractérisés par un comportement continu, signalant à toutes les parties

---

[89] *T.J. THEISEN V. INVENTIVE CONSULTING, LLC*, No. 352952 (Mich. Ct. App. 2021) : "*Whether the measures taken by a trade secret owner are sufficient to satisfy the [UTSA's] reasonableness standard ordinarily is a question of fact for the jury. . . . [O]nly in an extreme case can what is a reasonable precaution be determined as a matter of law, because the answer depends on a balancing of costs and benefits that will vary from case to case.*

[90] J.C CHAPMAN, P.G. O'HARA, D.W. SLABY, *Trade Secret Protection: An Analysis of the Concept Efforts Reasonable Under the Circumstances to Maintain Secrecy*, *op. cit*., p. 325.

[91] *SURGIDEV CORPORATION V. EYE TECHNOLOGY, INC.,* 828 F.2d 452, 455 (8th Cir. 1987) « *The efforts required to maintain secrecy are only those which are reasonable under the circumstances, not all conceivable efforts or those which are so extensive as to make discovery impossible* » ou encore *FUJITSU LTD. V. TELLABS OPERATIONS, INC.*, No. 12 C 3229 (N.D. Ill. 2013) qui stipule que « a *complete catalogue of improper means is not possible, the concept of "improper means" broadly includes means which fall below the generally accepted standards of commercial morality and reasonable conduct* ».

[92] *E.I. DUPONT DENEMOURS & COMPANY V. CHRISTOPHER*, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970) notamment confirmé par cet arrêt *PYRO SPECTACULARS, INC. V. SOUZA*, 861 F. Supp. 2d 1079 (E.D. Cal. 2012).

[93] *Ibid.*

[94] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 cmt p.6-7, 1979 (1985).

[95] J.C. CHAPMAN, P.G. O'HARA, D.W. SLABY, *Trade Secret Protection: An Analysis of the Concept Efforts Reasonable Under the Circumstances to Maintain Secrecy*, *op. cit*., p. 325.

concernées que l'information est secrète. Dans ce cadre, les mesures doivent être effectives et positives, la simple intention de maintenir le secret ne suffit pas. [96]

Enfin, la troisième ligne directrice que nous citerons ici prévoit que le secret d'affaires doit être traité comme un secret.[97] Le détenteur du secret doit traiter l'information comme confidentielle et ses efforts doivent alors comprendre une combinaison de mesures de sécurité physiques et de procédures confidentielles.[98] Il existe de multiples procédures de confidentialité telles que la divulgation d'informations sensibles aux employés et aux personnes extérieures uniquement sur la base du besoin de savoir, l'affichage d'avis dans les zones de travail sensibles avertissant de la nature confidentielle des informations ou encore des marques de propriété limitant l'utilisation et la divulgation du secret.[99] Cette liste non exhaustive démontre la diversité des procédures possibles à adopter. Cependant, après analyse de la jurisprudence, nous relevons qu'une mesure en particulier présente une grande importance, à savoir les accords de confidentialité. Si nous établissons une comparaison entre l'arrêt *Elmer Miller, Inc. v. Landis* et l'arrêt *Jackson v. Hammer,* nous constatons l'importance que les juridictions apportent à ces accords de confidentialité. Dans le premier arrêt, les juridictions ont considéré que le détenteur avait pris des mesures raisonnables puisqu'il existait notamment un accord de confidentialité entre l'employé et les employeurs.[100] *A contrario*, bien que les mesures prises par le détenteur du secret soient très similaires à celles prises dans l'arrêt *Elmer Miller, Inc. v. Landis*, le juge a considéré dans l'arrêt *Jackson v. Hammer* que le critère d'efforts raisonnables n'était pas respecté précisément parce qu'il n'existait pas d'accord de confidentialité.[101] Nous remarquons donc une importance assez grandissante accordée aux accords de confidentialité. Néanmoins, notons que ces accords ne sont pas une condition nécessaire afin de pouvoir appliquer la

[96] *ELECTRO-CRAFT CORP. V. CONTROLLED MOTION, INC.*, 332 N.W.2d 890, 901 (S. Ct. Minn. 1983).
[97] *POLARIS INDUS. V. MANGUM*, 23-cv-00614-SRN-LIB (D. Minn. 2023)
[98] *ELECTRO-CRAFT CORPORATION V. CONTROLLED MOTION, INC.*, 332 N.W.2d 890, 902 (S. Ct. Minn. 1983).
[99] J.C. CHAPMAN, P.G. O'HARA, D.W. SLABY, *Trade Secret Protection: An Analysis of the Concept Efforts Reasonable Under the Circumstances to Maintain Secrecy*, *op. cit*., p. 327.
[100] *ELMER MILLER, INC. V. LANDIS*, 253 Ill. App. 3d 129, 625 N.E.2d 338 (Ill. App. Ct. 1993).
[101] *JACKSON V. HAMMER*, 274 Ill. App. 3d 59, 653 N.E.2d 809 (Ill. App. Ct. 1995) : « *Nonetheless the court found that no evidence existed to show that the plaintiff took any affirmative measures to keep its lists secret. No evidence was presented regarding internal or external physical security, that confidentiality agreements or understandings existed among those having access to plaintiff's lists, that plaintiff's lists contained confidentiality stamps or were kept under lock and key, or that employees received entrance and exit interviews imparting the importance of confidentiality*. » confirmé par *BDT PRODUCTS, INC. V. LEXMARK INTERNATIONAL, INC.*, 274 F. Supp. 2d 880 (E.D. Ky. 2003) : « *A failure to require a third party to enter a confidentiality agreement to protect alleged trade secrets is one clear way to waive any trade secret protection that might exist.* »

protection du secret d'affaires.[102] Au-delà de cette question de présence d'accord de confidentialité, la jurisprudence américaine introduit une nouvelle incertitude en la matière lorsqu'elle considère que tous ces accords de confidentialité ne sont pas égaux.[103] Cette question relève donc de l'appréciation de faits.

Il résulte donc que malgré les tentatives de définition et d'interprétation, cette exigence de secrets d'affaires relève d'une analyse au cas par cas qui dépendra des circonstances concrètes.

(ii) Critique de l'exigence d'efforts raisonnables de protection

Nous l'avons vu, il n'existe pas de règle qui permette de déterminer dans chacun des cas si le détenteur du secret d'affaires a effectivement pris des mesures raisonnables afin de protéger l'information. Cela ressort pour l'essentiel d'une analyse des circonstances du cas d'espèce et non d'une application des règles de droit. Par ailleurs, ce critère d'efforts raisonnables est devenu une exigence à part entière qui doit toujours être rencontrée. Néanmoins, face à cette exigence, la solution d'analyse de la question sur la base d'éléments factuels ne semble plus vraiment satisfaisante.[104] La combinaison de ces phénomènes conduit la majorité des juges à appliquer cette exigence de mesures raisonnables sans s'efforcer de la justifier par des raisons générales.[105]

Nous pouvons alors légitimement remettre en cause l'utilité d'une telle exigence. Certains auteurs considèrent même que celle-ci ne respecte pas l'objectif de la loi. En effet, un des objectifs principaux de l'UTSA était d'éviter aux détenteurs d'informations confidentielles de gaspiller des sommes considérables en mettant en place des protections factuelles. Pourtant, reconnaître le critère de mesures raisonnables comme une exigence ne rencontre pas la *ratio*

---

[102] *ELM CITY CHEESE CO. V. FEDERICO*, 251 Conn. 59, 752 A.2d 1037 (Conn. 1999), « *Moreover, we conclude that, in light of the confidential nature of a certified public accountant's relationship with his or her client, Elm City was not required to obtain from Federico a written statement on the order of an agreement pertaining to confidentiality, nondisclosure or noncompetition. Rather, such an agreement was implicit in the relationship between the parties, and Elm City was entitled to rely on it*. » confirmé par *N. MISS. MED. CTR. V. QUARTIZ TECHS.*, 1:23-CV-3-CWR-LGI (N.D. Miss. 2023) : « *Courts do not uniformly require the execution of a confidentiality agreement to prove the existence of a trade secret. Instead, many courts acknowledge that a confidentiality agreement is just one reasonable measure a party may implement to keep its information secret.* »

[103] *MOTOR CITY BAGELS, L.L.C. V. AMERICAN BAGEL CO.*, 50 F. Supp. 2d 460, 480 (D. Md. 1999) ; T. MEADE, « Indecision The Need To Reform The Reasonable secrecy Precautions Requirement Under Trade Secret Law », *S. Ill. ULJ*, 2012, 37(3), p.723.

[104] A cet égard *cf.* T. MEADE, « Indecision The Need To Reform The Reasonable secrecy Precautions Requirement Under Trade Secret Law », *op. cit.,* pp. 717-740.

[105] R. BONE, « Trade Secrecy, Innovation, and the Requirement of Reasonable Secrecy Precautions », *op. cit.,* p.15.

legis. Le détenteur du secret, afin d'assurer l'application du régime de protection du secret d'affaires, devra tenter de respecter cette exigence de mesures raisonnables. Dans ce cadre, il risque d'engager de nombreuses dépenses puisqu'il ne disposera pas de directions claires sur les mesures à mettre en place.[106]

En outre, l'UTSA l'a explicitement affirmé, les efforts raisonnables ont pour but de venir « maintenir le secret ». [107] Ce critère semble donc particulièrement lié à l'exigence de secret que nous avons détaillée ci-dessus. La question que nous pouvons nous poser est donc de savoir si ce critère d'efforts raisonnables a toujours une fonction propre. A cette question, nous pouvons nous référer à la réponse de Monsieur DESAUNETTES-BARBERO qui, dans son travail, émet un avis critique sur la question. Selon lui, si la fonction de cette exigence est d'effectivement de maintenir le secret de l'information, la nécessité de démontrer l'existence de mesures protégeant le caractère secret devient superflue lorsque l'exigence de secret est elle-même remplie.[108]

Si les juges tendent à ne pas appliquer cette condition et que celle-ci ne rencontre pas les objectifs de la loi, existe-t-il encore une raison justifiant l'existence de ce critère ? Selon certains juges la réponse est positive. Ils voient dans cette exigence des avantages en matière de preuve et de notification. Ils considèrent alors que les précautions établies peuvent étayer une conclusion d'appropriation illicite puisqu'elles rendent l'appropriation licite plus difficile. Elles peuvent également démontrer la valeur substantielle d'une information parce qu'un détenteur n'engagerait pas de frais importants pour protéger un secret de faible valeur.[109] En outre, un juge a considéré que ces efforts raisonnables peuvent être utiles afin d'informer les tiers que le détenteur souhaite préserver le caractère secret de l'information. [110] Cette fonction de preuve a été reconnue par le Restatement lui-même lorsqu'il a considéré que les juges pouvaient s'appuyer sur ces efforts raisonnables dans le cadre de leur évaluation globale.[111] Au regard de cette interprétation, si les efforts raisonnables servent de base à la preuve, assimiler ces efforts

---

[106] W. VAN CAENEGEM, *Trade Secrets and Interllectual Property : Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, *op. cit*., p.112.
[107] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §1 cmt p.6, 1979 (1985).
[108] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* pp. 69-70.
[109] *ROCKWELL GRAPHICS SYSTEMS, INC. V. DEV INDUSTRIES, INC*., 925 F.2d 174, 178-179 (7th Cir. 1991).
[110] *BONDPRO CORP. V. SIEMENS POWER GEN., INC*., 463 F.3d 702, 708 (7th Cir. 2006).
[111] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p.70.

à une exigence indépendante ne semble plus vraiment envisageable.[112] Cette position est également partagée par le Restatement lorsqu'il affirme que :

> « *Whether viewed as an independent requirement or as an element to be considered with other factors relevant to the existence of a trade secret, the owner's precautions should be evaluated in light of the other available evidence relating to the value and secrecy of the information. Thus, if the value and secrecy of the information are clear, independent evidence of specific precautions by the trade secret owner may not be required.* »[113]

Les avantages liés à la preuve et à la notification ne justifient donc pas que la loi impose des mesures raisonnables dans chacun des cas d'espèce. Il semble raisonnable de considérer que, tout comme la notification peut être effectuée sans la mise en place de beaucoup de précautions, une situation peut être prouvée par d'autres moyens que par cette exigence d'efforts raisonnables.[114] Nous revenons donc à la situation initiale, l'absence de raison d'être de cette exigence.

Cette condition d'efforts raisonnables semble, au regard de l'ensemble de ces considérations, dépourvue de toute fonction et de raison d'être. Le régime juridique doit nécessairement être revu sur ce point afin d'apporter de la clarté et d'éviter toute ambiguïté.

Conclusion de l'analyse du régime juridique états-unien du secret d'affaires

A la lecture de ce premier chapitre, nous ne pouvons pas considérer qu'il existe un régime juridique stable encadrant le secret d'affaires aux États-Unis. Bien que l'UTSA ait voulu donner un cadre fédéral au régime juridique de cette matière afin d'assurer uniformité et simplicité, l'objectif est loin d'être atteint. Face à l'inefficacité de cet acte, les juges sont tentés de continuer à utiliser les critères préétablis par la common law qu'ils considèrent dans certains cas comme plus stables.[115] Dans ce cadre, bien que de nombreuses interprétations soient rendues par les juges, des incertitudes, voire des incohérences sont toujours présentes et entraînent nécessairement un flou juridique pouvant mener à de nombreux conflits en la matière. Une réforme semble être inévitable au sein du régime juridique américain des secrets d'affaires.

---

[112] M. LEMLEY, « The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights », *Stanford Law Review*, 2008, 61(2), p.311.
[113] American law Institute, *Restatement of Unfair Competition (third)*, 1995, §39, Comment g, pp. 435-436.
[114] R. BONE, « Trade Secrecy, Innovation, and the Requirement of Reasonable Secrecy Precautions », *op. cit*., pp. 16-17.
[115] *LEARNING CURVE TOYS, INC. V. PLAYWOOD TOYS*, 342 F. 3d 714 (7th Cir. 2003) ; *DANAHER CORP. V. GARDNER DENVER, INC.*, Case No. 19-CV-1794-JPS (E.D. Wis. 2020).

Chapitre 2 : Analyse des dispositions relatives au secret d'affaires dans l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)

Section 1 : Liens avec la protection des secrets d'affaires

§ 1 : L'accord sur les ADPIC et ses objectifs

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC)[116], en anglais TRIPs (Trade-Related aspects to Intellectual Property Rights), est un accord multilatéral protégeant la propriété intellectuelle. Cet accord est l'annexe « Propriété Intellectuelle » de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) entré en vigueur en 1994 et qui a, en même temps, créé l'organisation gérante de l'accord, l'Organisation mondiale du commerce (OMC).[117] L'accord sur les ADPIC poursuit un double objectif. D'abord, il est chargé d'assurer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, compte tenu des différences des systèmes juridiques nationaux. De plus, il tente d'établir un cadre multilatéral de normes minimales permettant de combattre la contrefaçon.[118] Nous nous concentrerons sur la partie que ce cet accord consacre au secret d'affaires.

§ 2 : Consécration du secret d'affaires dans l'accord sur les ADPIC

A. Justification de l'inclusion des secrets d'affaires dans cet accord

Le secret d'affaires est consacré à l'article 39 de l'accord sur les ADPIC. Cet article couvre ce que l'on peut généralement appeler « les informations qui sont de la propriété exclusive de leur détenteur »[119]. Puisque le principe de secret d'affaires n'avait pas exactement la même

[116] Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994.
[117] F. CHRÉTIEN, C. LE BAS, « Les ADPIC : ce qu'ils disent réellement et leurs conséquences possibles pour les transferts internationaux de technologies », *in Développements récents en économie et finances internationales* (sous la dir. de L. ABDELMALKI et al.), Paris, Armand Colin, 2012, p. 155.
[118] EUR-LEX, « OMC : accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », 2017, https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/wto-agreement-on-trade-related-aspects-of-intellectual-property.html (Date de dernière consultation : 1er mars 2024).
[119] F. DESSEMONTET, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du professeur Charles-André Junod* (sous la dir. de B. KNAPP et X. OBERSON), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 88.

acception dans les différents systèmes juridiques, une expression neutre a été choisie afin de viser ce secret, à savoir « les renseignements non divulgués ».[120] Il s'agit plus généralement des savoir-faire techniques et commerciaux qu'aucune loi spéciale sur les brevets, sur le droit d'auteur ou sur les dossiers et modèles ne protège. Cet article 39 de l'accord sur les ADPIC a donc pour objectif de protéger les secrets de fabrication et les secrets d'affaires. [121]

L'inclusion des secrets d'affaires dans l'accord sur les ADPIC est vue comme une innovation majeure.[122] Jusqu'à cette inclusion, aucune convention multilatérale ne protégeait ces secrets. Bien que la Convention de l'Union de Paris et son article 10*bis* aient introduit une protection générale contre la concurrence déloyale, cela ne suffisait pas.[123] Force est de constater que le concept de concurrence déloyale n'est effectivement pas un concept ancré dans la majorité des pays ; il est presque même généralement ignoré. Cet article 39 est donc considéré comme la consécration internationale de l'importance économique du secret en affaires.[124]

B. Réponse trouvée au débat entre droit de la propriété intellectuelle et concurrence déloyale ?

Nous l'avions indiqué dans ce travail sans le développer[125], le législateur américain n'a pu déterminer si le secret d'affaires se rattachait au régime du droit de la propriété intellectuelle ou celui de la concurrence déloyale. Néanmoins, en incluant le secret d'affaires au sein d'un accord

---

[120] J. CAMBEAU, « Protection of Undisclosed Information » , *in Intellectual Property and International Trade*, Paris, International Chamber of Commerce, 1996, p.58.
[121] F. DESSEMONTET, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *op.cit.*, p. 88.
[122] T. COTTIER, « The Prospects for Intellectual property in GATT », *Common Market Law Review*, 1991, p. 408.
[123] Convention de Paris, Article 10*bis* [*Concurrence déloyale*] :
1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.
2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.
3) Notamment devront être interdits :
1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;
2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;
3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.
[124] F. DESSEMONTET, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *op.cit*., pp. 88-89.
[125] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 1 : Origine et adoption - § 2 : Le secret d'affaires sous l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA) ».

régissant les droits de la propriété intellectuelle liés au commerce, l'accord sur les ADPIC semble apporter une réponse à cette hésitation entre les différents régimes. L'approche considérée sera donc celle qui consiste à reconnaître un droit subjectif sur un objet défini à un acteur du marché qui peut l'exercer afin de servir son propre intérêt.[126] Cette idée se justifie par le fait que dans les années 70, divers travaux[127] exprimaient l'idée selon laquelle le secret d'affaires constituait un « complément naturel aux droits de la propriété industrielle et qu'il aurait un intérêt à en faire l'objet d'une protection juridique voisine ».[128]

Cependant, l'insertion des secrets d'affaires au sein de l'accord sur les ADPIC ne fait pas l'unanimité. Certains États considèrent que le modèle de la propriété intellectuelle vise à encourager la divulgation d'informations. A première vue, cet objectif ne rencontre pas celui poursuivi par la protection des secrets commerciaux.[129] A cet égard, les USA ont proposé une compréhension moins restrictive de cette notion de propriété intellectuelle. La question qui sous-tendrait alors la protection des droits de la propriété intellectuelle serait celle « de ne pas profiter indûment des fruits et du travail d'autrui ».[130]

En outre, nous le verrons, l'accord fait dépendre l'application du régime de protection de l'effectivité du caractère secret, de la valeur commerciale et de l'existence de mesures raisonnables prises pour leur protection. Ces critères ne se rattachent pas aux aspects qualitatifs ou formels de l'objet protégé, comme le fait généralement le droit de la propriété intellectuelle, mais plutôt à la valeur économique de cet objet. Nous voyons donc ainsi que l'accord sur les ADPIC a choisi la voie d'une protection que l'on pourrait plutôt rattacher à la notion de « droits voisins ». [131]

---

[126] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p. 15.

[127] Voir pour exemple, R. LALLEMENT, « Propriété intellectuelle, innovation et développement des PME en France », *La revue de l'Ires*, 2009/3, n°62, p.232 : *« 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 ».*

[128] B. WARUSFEL, « Les enjeux juridiques et politiques de la protection des secrets d'affaires », *in La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes*, Paris, 2017, p. 2. Disponible à : https://univ-paris8.hal.science/hal-01891252/document.

[129] N.P. DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2008, §39.1.37.

[130] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p. 75.

[131] *Ibid.*

Enfin, lorsqu'on analyse l'article 39 de l'accord sur les ADPIC prévoyant le régime juridique s'appliquant au secret d'affaires, on remarque que les auteurs n'ont, en fait, pas fait de choix entre le modèle des droits de la propriété intellectuelle ou celui de la concurrence déloyale. En effet, bien que ce régime de secret d'affaires soit intégré dans un accord concernant le droit de la propriété intellectuelle, l'article 39(1) de cet accord prévoit que :

> « En assurant une protection effective contre la *concurrence déloyale* conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3 . » [132]

Ainsi, tout comme le législateur américain, les auteurs de l'accord sur les ADPIC n'ont pas tranché cette question puisque cette réglementation de droit de la propriété intellectuelle lie le régime des renseignements non divulgués à la Convention de Paris, traitant cette protection comme un cas particulier de protection contre la concurrence déloyale[133]. Le modèle choisi sera alors fonction du système juridique de chaque État membre transposant l'accord sur les ADPIC dans son ordre juridique.[134]

Section 2 : Caractéristiques du régime de l'article 39(2) de l'accord sur les ADPIC

§ 1 : Définition des renseignements non divulgués et origine du régime

L'accord sur les ADPIC, dans son article 39(2), introduit une définition de cette notion de renseignements non divulgués. Les membres de cet accord devront alors protéger les renseignements qui :

> « a) sont secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
>
> b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et

[132] Art. 39(1), accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994.
[133] OMPI, « Incidences de l'accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI » (2011), n°464 (F), p. 59, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/464/wipo_pub_464.pdf (Date de dernière consultation : 8 mars 2024).
[134] OMPI, « Secrets d'affaires : Qu'est-ce qu'un secret d'affaires ? » (s.d.), https://www.wipo.int/tradesecrets/fr/# (Date de dernière consultation : 6 mars 2024).

c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets. »[135]

A la simple lecture de cet article, sa similitude avec la définition du §1(4) de l'UTSA est particulièrement frappante. On peut constater qu'à nouveau, pour qu'un renseignement puisse bénéficier du régime juridique de protection, il doit rencontrer trois exigences, à savoir être secret, avoir une valeur commerciale et avoir fait l'objet de dispositions raisonnables afin de conserver le secret. Notons que cette similitude n'est pas le fruit du hasard. En effet, l'inclusion des secrets d'affaires dans l'accord sur les ADPIC était dès le départ un objectif des États-Unis.[136] Il est essentiel de relever qu'au-delà de vouloir protéger la propriété intellectuelle à l'intérieur des États-Unis, leur objectif était également de la défendre sur les marchés extérieurs par une extension géographique des droits garantis à l'intérieur du pays. Ils considéraient qu'il ne pouvait y avoir de libéralisation des échanges sans règles communes en matière de protection de l'innovation.[137] Pourtant, le régime juridique applicable aux secrets d'affaires prévu par l'UTSA n'était applicable qu'aux États-Unis.

Insérer dans l'accord sur les ADPIC une disposition spécifique consacrée aux secrets commerciaux représentait dès lors pour les États-Unis l'opportunité d'atteindre cet objectif d'extension géographique de la protection. En effet, au regard du nombre d'États membres de l'OMC[138] nous pouvons considérer que l'accord sur les ADPIC s'étend à la presque totalité de la planète[139]. En conséquence, en raison de la ressemblance, voire de la quasi équivalence des régimes de l'accord sur les ADPIC et de l'UTSA, cet accord permet une application quasi mondiale de la définition de l'UTSA.

[135] Art. 39(2), accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994.
[136] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p. 73.
[137] C. HENRY, « Développement durable et propriété intellectuelle : Comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre des ADPIC ? », *IDDRI*, n°03/2005, 2005, pp.1-2.
[138] Liste des derniers pays n'étant ni candidat pour entrer dans l'OMC ni observateur : Corée du Nord, Érythrée, Kiribati, Iles Marshall, États fédérés de Micronésie, Nauru, Palaos, Tuvalu, Monaco, Saint-Marin.
[139] C. HENRY, « Développement durable et propriété intellectuelle : Comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre des ADPIC ? », *op. cit*., p. 2.

§ 2 : Les exigences requises

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, selon cet article 39(2) de l'accord sur les ADPIC, pour qu'un renseignement non divulgué soit protégé, il doit être secret, avoir une valeur commerciale et doit avoir fait l'objet de dispositions raisonnables afin de conserver le secret. Ce paragraphe sera consacré à une brève description de l'ensemble des critères afin de les comparer à ceux prévus par l'UTSA et de relever les potentielles évolutions par rapport à cet acte.

A. Le caractère secret du renseignement

Comme le relève cet article 39(2) de l'accord sur les ADPIC, les renseignements bénéficiant du régime de protection « ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles »[140]. Il convient d'analyser la condition de connaissance et d'accessibilité de manière distincte.

Tout d'abord, en ce qui concerne le caractère « non généralement connu », le secret ne doit pas obligatoirement être connu uniquement par le détenteur pour bénéficier du régime prévu mais il ne faut pas qu'il soit généralement connu du public ou d'autres personnes de la même branche d'activité.[141] On considère que le secret a plutôt un caractère relatif puisqu'on le définit par rapport aux personnes qui s'occupent normalement de cette catégorie d'information.[142] Cette interprétation est donc particulièrement proche de celle qui est faite du caractère secret de l'information dans l'UTSA puisque sous cet acte le secret s'appréciait également au regard de la connaissance des personnes ayant un intérêt à le connaître et à l'utiliser.[143]

Ensuite, il est requis que les renseignements ne soient pas aisément accessibles. A nouveau, cette condition est présente dans l'UTSA lorsqu'il exige que l'information ne soit pas facilement déterminable par des moyens appropriés. Selon l'accord sur les ADPIC, on

[140] Art. 39(2), accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994.
[141] OMC, « Module VII : Renseignements non divulgués, Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles » (s.d.), p. 114, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules7_f.pdf (Date de dernière consultation : 7 mars 2024).
[142] Y. ATREYA, « International Framework for the Protection of Trade Secrets », *I.J.C.R.T.,* vol. 11, 2023, p.132.
[143] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».

considérera qu'une information est facilement accessible si elle peut être déterminée par d'autres personnes par des moyens commerciaux honnêtes.[144] Dans ce cadre, les démarches coûteuses qui ont pour but de découvrir les renseignements non divulgués ne détruiront pas le caractère secret. La doctrine considère que ce critère favorise la protection des secrets techniques dans les pays moins développés.[145]

La question qui se pose maintenant est de comprendre l'interprétation de cette notion de « milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ». Le règlement ne donne aucune ligne directrice quant à l'interprétation de cette notion. Dans ce cadre, lorsque le renseignement est connu ou aisément déterminable par un certain nombre de personnes, il reviendra à l'OMC, instance compétente pour interpréter les dispositions de l'accord sur les ADPIC, de déterminer si les personnes font effectivement partie d'un des milieux visés par la définition. Cette condition dépendra alors de l'expertise réalisée et relèvera d'une appréciation de faits. De plus, l'utilisation de ce critère peut présenter une limite dans son interprétation. En effet, il résulte de cette exigence que la question du caractère connu et déterminable ne s'analyse qu'au regard des milieux déjà établis. Dans ce cadre, il suffirait pour un acteur d'être nouveau sur un marché pour ne pas être considéré comme s'occupant « normalement » de ces renseignements. [146]

En outre, relevons une première distinction entre le régime de l'accord sur les ADPIC et celui de l'UTSA. En matière d'articulation de ces caractères « généralement connu » et « difficilement déterminable » nous constatons que, dans le régime états-unien, ces caractères sont cumulatifs.[147] *A contrario*, les auteurs du régime prévu dans l'accord sur les ADPIC ont remplacé ce régime cumulatif par un régime alternatif.[148] A cet égard, rappelons que nous avions indiqué que certains juges américains n'établissaient pas de distinction entre ces deux exigences et les analysaient comme un unique critère.[149] Ce changement dans la rédaction pourrait alors être le reflet de la volonté des auteurs de l'accord sur les ADPIC de prendre en

[144] N.P. DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, *op. cit.*, §39.2.49.
[145] *Ibid.*
[146] F. DESSEMONTET, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *op. cit*., p. 102.
[147] « [...] *from not being generally known to,* ***and*** *not being readily ascertainable by proper means by* [...] »
[148] « [...] *ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question* ***ou*** *ne leur sont pas aisément accessibles* [...] ».
[149] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».

considération les interprétations et les difficultés exposées par les juges américains dans l'application du régime des secrets d'affaires prévu par l'UTSA.

B. La valeur commerciale des renseignements non divulgués

Comme nous l'avons vu dans la définition de cet article 39(2) de l'accord sur les ADPIC, au-delà d'être secret, le renseignement doit avoir une valeur commerciale parce qu'il est secret.

La première constatation que nous pouvons faire est que ce critère de valeur commerciale est consacré comme une exigence à part entière et n'est plus englobé dans un seul critère avec la condition de secret comme il l'était dans l'UTSA[150]. Cela se justifie notamment par le fait que la justification ultime de l'accord sur les ADPIC est justement de régler les aspects de la propriété intellectuelle qui paraissent pertinents dans le commerce international. La volonté est donc de protéger les investissements dans les biens tangibles.[151] A cet égard, élever en exigence cette condition de valeur commerciale semble justifié.

Néanmoins, bien que la valeur commerciale soit consacrée de manière distincte, elle garde un lien avec le caractère secret lorsque l'accord sur les ADPIC exprime que le renseignement doit avoir de la valeur *parce qu'il est secret*. Cette formulation peut potentiellement s'expliquer par une inspiration de l'interprétation du caractère « indépendant » de la valeur économique que l'on retrouve dans l'UTSA. Comme nous l'avons vu, une interprétation possible de ce caractère indépendant pourrait être de considérer que la valeur économique d'un secret d'affaires doit dériver précisément du fait qu'il est secret.[152] Il est donc possible que, afin de consacrer cette interprétation, les auteurs de l'accord ADPIC aient reformulé le critère de valeur économique de sorte à rendre impossible les autres interprétations.

D'autres distinctions avec le régime américain peuvent être relevées. Tout d'abord, la notion de « valeur économique » utilisée dans l'UTSA a été remplacée par la notion de « valeur

[150] Pour rappel, la définition de l'UTSA ne reprend que deux critères dont le premier est le suivant "*derives independent economic value, actual or potential from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use and".*
[151] F. DESSEMONTET, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *op. cit*., p. 97.
[152] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires » ; J. POOLEY, *Secrets : Managing Information Assets in the Age of Cyberespionage*, *op. cit*., pp. 29-30.

commerciale ». Bien que cette distinction puisse sembler n'être que lexicale, certains auteurs considèrent que cela peut exprimer une volonté de la part des auteurs de l'accord ADPIC de réduire le champ d'application du régime de secret d'affaires. En effet, attribuer un caractère commercial à une information ne pourrait être possible que si le renseignement fait partie des échanges commerciaux sur le marché. Le caractère économique quant à lui, ne nécessite pas de lien avec la commercialité de l'utilisation de l'information.[153] De plus, notons que la notion de valeur « actuelle ou potentielle » n'est plus présente dans la définition de l'accord sur les ADPIC. Puisque comme nous l'avons vu dans l'interprétation de l'UTSA, ces deux qualificatifs permettaient d'appliquer plus largement le régime, cette suppression s'inscrit à nouveau dans cette volonté de restreindre le régime.

Enfin, nous pouvons interpréter cette notion de valeur commerciale en considérant généralement qu'un renseignement non divulgué possède une valeur commerciale lorsque ce renseignement peut donner un avantage compétitif à la personne qui le détient.[154] Il peut s'agir de n'importe quel avantage économique, que ce soit pour les familles, pour les universités ou pour les entreprises.[155] On peut alors considérer comme suffisant que les concurrents et les consommateurs perçoivent l'information comme précieuse et il n'est pas nécessaire que les informations soient mises en pratique de manière à créer de la valeur.[156]

C. Les dispositions raisonnables destinées à préserver le caractère secret des renseignements

L'accord sur les ADPIC prévoit que les renseignements non divulgués doivent avoir fait l'objet de dispositions raisonnables destinées à les garder secrets. Cet accord ne donne pas précisément de direction afin d'illustrer cette condition mais l'exigence fondamentale est que toute personne à qui les informations sont divulguées doit être tenue de les garder secrètes.[157] Il existe d'autres

[153] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p. 83.
[154] T. HENNINGER, « The TRIPS Agreement and its protection of undisclosed information Impact on distribution networks from and international, European and US perspective », *in Commercial distribution / La distribution commerciale / Commerciele distributie* (sous la dir. de P. DEMOLIN et al.), 1st ed., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 278.
[155] N.P. DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, *op. cit.*, §39.2.36.
[156] D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2008, N° 2.335.
[157] *Ibid.*

mesures qui peuvent être prises telles que le cryptage, les coffres-forts[158] ou encore les accords de confidentialité qui sont fortement conseillés.[159] A cet égard, la doctrine rappelle que puisque une plainte pour secret d'affaires est déposée lorsque les mesures raisonnables ont échoué, la loi n'exige pas que celui qui revendique un secret d'affaires ait entièrement réussit à le protéger.[160]

La condition d'efforts raisonnables prévue dans l'UTSA semble donc trouver son équivalent dans cette condition de mise en place de dispositions raisonnables prévue à l'article 39(2) de l'accord sur les ADPIC. Cependant, un certain nombre de critiques ont été émises à l'égard de cette exigence d'efforts raisonnables. Il convient alors d'analyser synthétiquement si les critiques faites à l'encontre de cette exigence prévue au sein de l'UTSA ont permis de mettre en place certaines améliorations dans l'accord sur les ADPIC.

Tout d'abord, nous avions relevé les difficultés que pouvait impliquer l'analyse de ce critère d'efforts raisonnables au regard des circonstances du cas d'espèce sans règle juridique claire.[161] Cependant, l'accord sur les ADPIC exprime clairement que les renseignements doivent faire l'objet de dispositions raisonnables, *compte tenu des circonstances*. Les critiques qui ont été adressées à l'UTSA sont donc également d'application à cet accord sur les ADPIC. C'est pourquoi, en raison de ce peu de précisions, l'analyse de ce critère restera confuse et sujette à discussion. En outre, l'accord sur les ADPIC présente un inconvénient supplémentaire. Nous avions constaté que le paragraphe 1(4) de l'UTSA avait fait l'objet de bon nombre d'interprétations par les juridictions états-uniennes. A cet égard, les décisions des juges ont fourni progressivement certaines lignes directrices dans l'interprétation du critère d'exigences raisonnables. Malheureusement, au regard du nombre bien moins important de jurisprudences interprétant l'accord sur les ADPIC, de telles lignes directrices ne peuvent être produites pour cet acte. L'application de cette exigence reste donc floue et ambiguë.

[158] UNCTAD-ICTSD, « Resource Book on TRIPS and Development », *Cambridge University Press*, 2005, p. 530. https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2005d1_en.pdf (Date de dernière consultation : 10 mars 2024).
[159] T. HENNINGER, « The TRIPS Agreement and its protection of undisclosed information Impact on distribution networks from and international, European and US perspective », *op. cit*., p. 278.
[160] D. LIPPOLDT, M. SCHULTZ, « Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper », *OECD Trade Policy Papers*, No. 162, 2014, p.8.
[161] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».

Par ailleurs, nous avions relevé que l'UTSA considère que les efforts raisonnables sont nécessaires afin de « maintenir le secret »[162]. A cet égard, nous avions émis certaines réserves concernant la fonction de cette exigence puisqu'au regard de ce rôle de maintien du caractère secret de l'information, prouver l'existence d'efforts raisonnables devient superflu si le caractère secret est déjà établi. Malgré les critiques émises à l'encontre de cette définition états-unienne, la fonction des efforts raisonnables n'a pas été modifiée dans la définition de l'accord sur les ADPIC. L'article 39(2) exprime que les renseignements doivent avoir fait l'objet de dispositions raisonnables *destinées à les garder secrets*. A nouveau, la même critique que celle exprimée à l'encontre de l'UTSA est applicable. La question est donc de savoir quelle était la volonté des auteurs de l'accord sur les ADPIC lorsqu'ils ont élevé le critère de dispositions raisonnables en exigence indépendante. Malheureusement, le texte de l'accord ne comporte aucune indication nous permettant d'apporter une réponse à cette interrogation.

Conclusion de l'analyse du cadre légal des secrets d'affaires de l'accord sur les ADPIC

Cet accord a été adopté afin de pallier le fait qu'aucune convention multilatérale ne protégeait les secrets d'affaires. Cependant, bien qu'à l'époque cette inclusion des secrets d'affaires dans l'accord sur les ADPIC soit vue comme une innovation majeure, nous avons pu constater que la réglementation présentait de nombreuses limites. Tout d'abord, il s'avèrerait essentiel que l'on puisse fournir une justification claire à l'inclusion des dispositions relatives aux secrets d'affaires dans l'accord sur les ADPIC. En effet, actuellement cette inclusion ne se justifie que car cet acte est considéré comme le seul instrument juridique auquel le régime des secrets d'affaires puisse se rattacher au niveau international.[163] De plus, bien que les auteurs aient été préoccupés par l'indépendance de la définition de l'accord sur les ADPIC par rapport au système juridique américain[164], nous remarquons que les définitions sont très semblables, voire identiques. A première vue, cette inspiration dans l'acte américain ne semble pas forcément problématique. Cependant, les auteurs de l'accord sur les ADPIC ne sont pas parvenus à intégrer les remarques déjà émises à l'égard de l'UTSA. C'est pourquoi, l'article 39(2) de cet

[162] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».
[163] Pour en savoir plus *cf.* U. BERNITZ, C. HEIDE-JØRGENSEN, « Unfair Competition Law: How Can It Work as an Important Complement to Intellectual Property Protection. Are There Missing Links? » *in Marketing and Advertising Law in a Process of Harmonisation*, United Kingdom, Bloomsbury Publishing plc, 2017, pp. 221–232.
[164] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p.81.

accord fait l'objet de nombreuses remarques et de problèmes d'interprétation. Il semble donc nécessaire d'envisager une réforme de l'accord sur les ADPIC bien que la transposition de ce régime dans les États partis à cet accord puisse potentiellement palier l'incertitude du cadre légal.

Chapitre 3 : Examen du cadre légal de la directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (EU-TSD)

Section 1 : Contexte européen et adoption de l'EU-TSD

§ 1 : Présentation de la directive européenne

Le secret d'affaires trouve sa consécration juridique en Europe dans la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (ci-après « la directive » ou encore « l'EU-TSD »).[165] Cette directive a été adoptée face à l'échec d'harmonisation de l'accord sur les ADPIC. Cet accord était censé éliminer les différences entre les législations nationales des États de l'Union européenne en cette matière de secret d'affaires. A la suite à cet acte, certains États n'ont pas adopté de définition nationale du secret d'affaires de sorte que la portée de la protection n'est pas facilement déterminable et varie d'un État à l'autre.[166] En outre, avant l'adoption de cette directive européenne, les auteurs avaient constaté une réelle incohérence sur le plan des réparations disponibles en droit civil face à une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de secrets d'affaires.[167] Face à ces différences entre les régimes juridiques des États membres en matière de protection des secrets d'affaires, « une fragmentation du marché intérieur semblait se créer entraînant l'affaiblissement de l'effet dissuasif global des règles pertinentes ».[168]

[165] Directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires), contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, 15 juin 2016, L. 157.
[166] L. GONZÁLEZ VAQUÉ, « Secrets d'affaires : l'urgente nécessité d'adopter une directive face à l'inefficacité de l'application de l'accord sur les ADPIC », *R.D.U.E.*, 2015/3, p. 349.
[167] Cons. 6, Directive 2016/943/UE.
[168] Cons. 8, Directive 2016/943/UE .

L'adoption de l'EU-TSD se justifie alors par la nécessité de « mettre en place, au niveau de l'Union, des règles pour rapprocher les droits des États membres de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires. »[169]

De plus, les considérants 2 et 4 soulignent également l'importance de cette directive dans un contexte où les entreprises se trouvent de plus en plus exposées à des « appropriations malhonnêtes » d'informations par le phénomène de la mondialisation, par le recours à la sous-traitance, ou encore par la facilité de transférer des informations à l'ère numérique (e-mails, clés USB, Cloud computing, etc).[170] Nous pouvons illustrer cette réalité par une étude européenne réalisée en 2013 qui a révélé que 91 % des entreprises ont subi au moins une fois un vol de secrets d'affaires dans les sept dernières années.[171] Face à cette nécessité de réglementation en la matière, la directive est perçue comme étant la solution à ce problème.

§ 2 : Objectifs et limites de la directive

Avec l'introduction de l'EU-TSD, le législateur européen a donc visé un double d'objectif d'harmonisation des régimes nationaux et de renforcement de la protection existante.[172]

Tout d'abord, l'harmonisation des régimes juridiques nationaux semble être une réelle priorité. Bien que par l'accord sur les ADPIC les États soient tenus de donner effet aux dispositions de l'accord, ils ne sont pas dans l'obligation de reconnaître l'effet direct des dispositions. Les États sont alors libres de décider de la manière dont la mise en œuvre du régime doit se faire dans leur ordre juridique.[173] Cette faible harmonisation en la matière de la réglementation du secret d'affaires a été accentuée par les caractéristiques floues de l'article 39(2) de l'accord sur les ADPIC.[174]

---

[169] Cons. 10, Directive 2016/943/UE.
[170] Cons. 2 et 4, Directive 2016/943/UE; A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *in Le secret*, Limal, Anthémis, 2017, p. 92.
[171] S. TURNER, « The Protection of Trade Secrets: The Legal Framework in the UE », *in La protection des secrets d'affaires = The Protection of Trade Secrets* (sous la dir. de J. DE WERRA), Genève, Schulthess, 2013, p. 94.
[172] A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *op. cit*., p.91.
[173] C. CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights : A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, New York, 2nd ed., 2020, p. 26-27.
[174] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit.,* p. 85.

Par cette liberté et l'harmonisation limitée, afin de protéger le secret d'affaires, les États ont adopté des instruments législatifs très divers tels que le droit de la concurrence déloyale, les législations sur le contrat de travail, le droit des contrats, des dispositions pénales, etc.[175] Face à cette diversité juridique la directive semblait devenir une nécessité.[176]

Cependant, pouvons-nous vraiment considérer que la directive atteigne cet objectif d'harmonisation ? Nous verrons qu'elle reste assez générale et offre une large marge de manœuvre aux législateurs nationaux. Ces derniers pourraient alors être tentés de considérer que le droit existant respecte d'ores et déjà les obligations européennes.[177]

A côté de cet objectif d'harmonisation, la directive 2016/943 vise également le renforcement de la protection existante. Cependant, nous pourrions considérer que la priorité n'est pas de renforcer la protection mais plutôt de la clarifier et de l'adapter. En visant ces deux derniers objectifs plutôt que le renforcement de la protection, l'objectif d'harmonisation pourrait s'en être renforcé.

De plus, il paraît regrettable que l'EU-TSD ne prévoie pas de mesures ou de procédures pénales afin d'assurer le respect du régime qu'elle établit. Lorsque la violation du secret d'affaires s'apparente à de l'espionnage économique pouvant impliquer le cas échéant des acteurs étatiques, les seules sanctions civiles prévues par la directive peuvent sembler insuffisantes. *A contrario*, les américains ont compris cet enjeu puisque, comme nous l'avons relevé, l'Economic Espionage Act a été adopté afin d'élargir le régime de protection du secret d'affaires.[178] Cet acte prévoit des sanctions pénales en cas « *misappropriation* » de secrets

[175] A. STROWEL, « Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *in L'entreprise et le secret* (sous la dir. de S. GILSON et V. CASSIERS), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 10.

[176] La Conseil européen s'est exprimé à cet égard : « *There are important differences in the Member States legislation as regards the protection of trade secrets . . . The differences in the legal protection of trade secrets imply that trade secrets do not enjoy an equivalent level of protection throughout the Union, thus ... weakening the overall deterrent effect of the rules. The internal market is affected in so far as such differences lower businesses' incentives to undertake innovative-related cross-border economic activity.* » - Proposition 9870/14, 19 mai 2015.

[177] A. STROWEL, V. CASSIERS, « La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires et ses interactions avec les droits intellectuels », *in Actualités en droits intellectuels. L'intérêt de la comparaison* (sous la dir. de B. DOCQUIR), Bruylant, 2014, p. 13.

[178] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 1 : Origine et adoption ».

d'affaires.[179] Il aurait donc été intéressant que la directive européenne s'inspire de l'ensemble du régime américain et instaure un régime complet et adapté à notre réalité.

Enfin, la portée territoriale de la directive représente également une limite. Cet outil juridique permet d'interdire l'importation de produits ayant bénéficié d'un secret d'affaires mais rien n'est prévu lorsque l'atteinte au secret est commise en dehors de l'Union.[180] Dans un monde caractérisé par la mondialisation grandissante et la numérisation des données, la directive semble donc limitée, voire insuffisante.

§ 3 : Réponse trouvée au débat entre droit de la propriété intellectuelle et concurrence déloyale ?

Nous l'avons vu, la discussion de rattacher le secret d'affaires au régime de la concurrence déloyale ou celui de la propriété intellectuelle n'est pas encore tranchée. Certes, l'accord sur les ADPIC a tenté de résoudre le débat mais nous ne pouvons pas vraiment considérer que cette tentative soit couronnée de succès.

A son tour, la directive 2016/943 tente d'apporter une réponse la question. A cet égard, le considérant 16 de cette directive indique que celle-ci ne crée pas de droit intellectuel sur les secrets d'affaires. Ainsi, l'EU-TSD n'entraîne pas la création d'un droit subjectif sur les secrets d'affaires.[181] Cette position semble être renforcée par d'autres considérants de la directive puisque par exemple le considérant 2 stipule que :

> « en protégeant ainsi ces divers savoir-faire et informations commerciales, que ce soit en complément ou en remplacement des droits de propriété intellectuelle, les secrets d'affaires permettent aux créateurs et aux innovateurs de tirer profit de leur création [...] »[182]

De ce considérant, nous pourrions déduire que les auteurs de l'EU-TSD voient les secret d'affaires comme un concept différent des droits de propriété intellectuelle. Ils envisagent plutôt

[179] A. STROWEL, « Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit*., p.14.
[180] A. STROWEL, « Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit*., p.15.
[181] Cons. 16, Directive 2016/943/UE ; A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *op. cit*., p. 97 ; D. FLINT, « Don't Tell Anyone : The European Union Trade Secret Secrets Directive », *Business Law Review*, vol. 37, issue 6, 2016, p.238.
[182] Cons. 2, Directive 2016/943/UE.

ces secrets d'affaires comme des compléments ou des remplaçants à ces droits de propriété intellectuelle.[183]

Cependant, cette position est à nouveau controversée puisque la directive 2016/943 semble particulièrement s'inspirer de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004[184] relative au respect des droits de propriété intellectuelle.[185] Pouvons-nous donc réellement affirmer que les secrets d'affaires sont considérés en Europe comme des compléments, voire des remplaçants aux droits de la propriété intellectuelle si le régime juridique qui les protège est lui-même inspiré des droits de la propriété intellectuelle ? Le débat ne semble donc pas avoir été tranché au niveau européen.

Section 2 : Caractéristiques du régime du secret d'affaires de l'EU-TSD

§ 1 : Définition du secret d'affaires au sein de la directive

> « *Il importe d'établir une définition homogène du secret d'affaires sans imposer de restrictions quant à l'objet à protéger contre l'appropriation illicite.* »[186]

Contrairement à l'accord sur les ADPIC qui ne consacrait qu'un seul article aux renseignements non divulgués, la directive européenne est entièrement consacrée au régime juridique des secrets d'affaires. Nous retrouvons la définition de cette notion à l'article 2, 1) qui indique que la protection ne s'appliquera qu'aux informations répondant aux conditions suivantes :

> « a) Elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,
>
> b) Elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,

[183] R. NIEBEL, L. DE MARTINIS, B. CLARK, « The EU Trade Secrets Directive: all change for trade secret protection in Europe ? », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, n°6, p.447.
[184] Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E*, 30 avril 2004, L. 157/45.
[185] A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *op.cit.*, p. 91.
[186] Cons. 14, Directive 2016/943/UE.

c) Elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. »[187]

La définition du secret d'affaires reprise dans l'EU-TSD ne semble pas vraiment révolutionnaire. Tout comme l'accord sur les ADPIC s'est largement inspiré de l'UTSA pour rédiger sa définition du secret d'affaires, la directive 2016/943 a repris pratiquement à l'identique la définition présente dans l'accord sur les ADPIC. Par cette inspiration en cascade, la définition européenne se présente comme particulièrement semblable à celle reprise dans l'UTSA.

Cette inspiration dans l'accord sur les ADPIC peut cependant sembler contestable. En effet, nous avions vu qu'en adoptant cette directive, la volonté était de renforcer l'harmonisation des régimes juridiques nationaux en matière de secrets d'affaires. Pourtant, en utilisant l'article 39(2) de cet accord sur les ADPIC, les auteurs de la directive ont, à nouveau, opté pour des termes flous et sujets à diverses interprétations.[188]

Par ailleurs, contrairement au choix qui avait été fait dans le cadre de l'adoption de l'accord sur les ADPIC d'utiliser la notion de « renseignements non divulgués », la Commission a ici choisi d'adopter le concept de « secret d'affaires ». Le fait que cette notion de secret d'affaires n'ait pas exactement la même acception dans les différents systèmes juridiques n'a donc pas été pris en considération.[189]

§ 2 : Les exigences requises

Comme la définition de la directive 2016/943 le stipule, pour qu'une information bénéficie du régime de protection prévu pour les secrets d'affaires, il faut qu'elle soit secrète, qu'elle ait une valeur commerciale et qu'elle ait fait l'objet de dispositions raisonnables afin de la garder secrète. Nous décrirons ci-dessous ces trois exigences et nous les comparerons aux critères repris dans l'accord sur les ADPIC et l'UTSA.

---

[187] Art. 2, 1), Directive 2016/943/UE.

[188] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires - Chapitre 2 : Analyse des dispositions relatives au secret d'affaires dans l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) - Section 2 : Caractéristiques du régime de l'article 39(2) de l'accord sur les ADPIC ».

[189] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires - Chapitre 2 : Analyse des dispositions relatives au secret d'affaires dans l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) - Section 1 : Liens avec la protection des secrets d'affaires ».

A. Le secret de l'information

Lorsque l'EU-TSD exige que l'information ne soit pas « généralement connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur est pas aisément accessible », nous pouvons établir deux critères : la connaissance et l'accessibilité.

Quant au critère de la connaissance, nous pouvons raisonnablement considérer que l'information reste secrète lorsqu'elle « n'est connue que de deux membres du secteur en cause qui refusent de se la partager ».[190] Le secret ne doit donc pas être absolu. Il suffit que l'information ne soit connue que par un groupe défini de personnes pour qu'elle puisse être considérée comme secrète. Pour autant, celui qui invoque le secret ne doit pas établir une liste exacte des personnes ayant connaissance de ce secret.[191] A nouveau, comme pour l'accord sur les ADPIC et l'UTSA, cette manière de rédiger l'article laisse sous-entendre que le secret ne s'apprécie qu'au regard des milieux spécialisés. En conséquence, la connaissance par un nouvel entrant dans le secteur concerné est sans incidence sur l'appréciation du secret puisque ce nouvel entrant ne représente pas l'état des connaissances du milieu concerné.[192] Cette interprétation semble donc critiquable en raison de son caractère extensif de l'application du régime de protection.

Le critère de l'accessibilité, quant à lui, signifie que l'information n'est pas secrète si elle peut être obtenue par les membres des milieux spécialisés agissant de manière licite.[193] Ce critère d'accessibilité s'apprécie au regard de trois plans, à savoir matériel (est-il physiquement possible d'accéder à l'information ?), intellectuel (est-il intellectuellement possible de la comprendre ?), ou juridique (est-il possible d'y accéder, d'en user ou de la divulguer licitement ?). A cet égard, nous considérerons que l'information rencontre le critère

[190] F. DESSEMONTET, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *op.cit.*, p. 103.
[191] B. ALLEMEERSCH, « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », *in Zakengeheim* (sous la dir. De B. TILLEMAN), Bruges, La Charte, 2012, p. 6.
[192] V. CASSIERS, « Les notions clés du régime de protection des secrets d'affaires », *in Secrets d'affaires* (sous la dir. de P. CAMPOLINI et al.), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 15 ; *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires - Chapitre 2 : Analyse des dispositions relatives au secret d'affaires dans l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) - Section 2 : Caractéristiques du régime de l'article 39(2) de l'accord sur les ADPIC ».
[193] A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *op. cit.*, p.103.

d'inaccessibilité si elle n'est pas accessible sur un de ces trois plans. [194] Nous voyons donc que la doctrine sur la directive tente de faciliter l'interprétation de ce critère en donnant des lignes directrices telle que l'analyse de l'accessibilité au regard de ces trois plans.

Enfin, bien que contrairement à l'UTSA, l'EU-TSD ne comporte pas de commentaires aidant à interpréter les exigences requises, nous retrouvons des considérants pouvant éclaircir certaines notions. En matière de l'exigence du caractère secret de l'information, le considérant 14 tente d'apporter certaines explications lorsqu'il stipule que la condition de secret d'affaires :

> « exclut les informations courantes et l'expérience et les compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et elle exclut également les informations qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou qui leur sont aisément accessibles ». [195]

Néanmoins, ce considérant représente-t-il réellement une aide dans l'interprétation de la définition de secret d'affaires de la directive ? Les auteurs de la directive reprennent des termes flous et ambigus. Il reste assez complexe de pouvoir définir la signification des notions telles que les « informations courantes » ou encore « l'exercice normal de leurs fonctions ». De plus, le reste de ce considérant reprend mot pour mot une partie de l'article 2, 1). Ce considérant ne semble donc pas avoir beaucoup d'intérêt dans l'exercice d'interprétation du régime de protection du secret d'affaires.

B. La valeur commerciale de l'information

Selon les termes de l'article 2, 1) de l'EU-TSD, la valeur commerciale doit provenir de l'information parce qu'elle est secrète. A nouveau, la directive éclaire cette notion puisqu'elle indique en son considérant 14 que,

> *«* Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle. *»*[196]

[194] O. MALHERBE, W. DERIJCKE, « « Vous me copierez cent fois... », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *J.T.*, n°6836, 2020, p.841.
[195] Cons. 14, Directive 2016/943/UE.
[196] *Ibid.*

Tout d'abord, par ce considérant, nous relevons que la directive tend à élargir le régime de protection du secret d'affaires en précisant que la valeur commerciale peut être effective ou potentielle. Cette formulation était reprise pratiquement à l'identique dans la définition du secret d'affaires de l'UTSA.[197] Néanmoins, l'accord sur les ADPIC avait eu pour objectif de réduire le champ d'application de ce régime de protection en supprimant cette notion de valeur « actuelle ou potentielle » de sa définition du secret d'affaires.[198] La directive européenne s'inscrit donc dans un « entre-deux » puisque les auteurs n'ont pas fait le choix de reprendre cette notion de valeur potentielle dans la définition, mais ce considérant stipule clairement que la valeur commerciale doit être interprétée comme une valeur effective ou potentielle. Par cette interprétation, le régime européen de protection des secrets d'affaires a une application plus large que celui de l'accord sur les ADPIC.

Ce considérant présente donc un intérêt car il donne certaines indications sur l'interprétation du critère de valeur commerciale. Cependant, malgré les directions données par les auteurs de la directive, certaines critiques peuvent être émises. Tout d'abord, pour certains, la condition de protection relative à la valeur commerciale n'a aucune utilité. Selon ces auteurs, cette condition n'est pas discriminante puisque la « captation, la divulgation ou l'utilisation de toute information, même non secrète, sera susceptible de menacer les intérêts de son détenteur ». Cette interprétation conduit à vider de sens cette condition de valeur commerciale.[199] En outre, il est d'usage de considérer que la valeur commerciale se forme par le point de rencontre de l'offre et de la demande sur un marché. Toutefois, à l'heure actuelle, il n'existe pas d'offre ni de marché des informations secrètes. Selon les auteurs européens, il semble donc complexe de pouvoir déterminer une valeur commerciale dans ce contexte. Il est raisonnable de penser que la valeur de cette information variera en fonction du destinataire de sa divulgation, concurrent direct ou non, mais également en fonction du fait qu'elle soit restée secrète ou non.[200]

Malgré ces critiques, la jurisprudence européenne tente d'interpréter cette condition afin de lui donner de la rigueur et du sens. Dans un arrêt *Pilkington Group*, la Cour de justice est intervenue

[197] La définition reprise dans l'UTSA vise une information avec une « *independent economic value, actual or potential ».*
[198] A contrario, la définition reprise dans l'accord sur les ADPIC vise des renseignements qui *« ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ».* Les notions « actuels » ou « potentiels » ne sont donc pas reprises.
[199] A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *op. cit*., p.108.
[200] *Ibid*., p.107.

pour déclarer que le préjudice résultant de la divulgation d'un secret d'affaires était un préjudice purement financier puisqu'en s'opposant à cette divulgation, l'entreprise vise à protéger des intérêts commerciaux et économiques. La Cour fait alors référence à cette notion de « valeur commerciale » en déclarant que cette valeur porte sur une valeur d'échange.[201]

C. Les dispositions raisonnables de protection du secret

Cette condition tire son origine du fait qu'il ne semblait pas raisonnable de mettre à la disposition de détenteurs négligents un régime de protection à durée indéterminée.[202] La directive a confirmé cet objectif en déclarant que « l'on attend des détenteurs légitimes de secrets d'affaires qu'ils exercent un devoir de diligence en ce qui concerne la protection du caractère confidentiel de leurs secrets d'affaires de valeur et le contrôle de leur utilisation ».[203] L'EU-TSD ne donne pas d'autres indications quant à cette notion de « dispositions raisonnables ».

Néanmoins, on constate que la directive accorde une importance certaine à ces mesures raisonnables puisque certains articles consacrés à la protection du secret dans le cadre des procédures judiciaires prévoient que *les mesures prises pour protéger le secret d'affaires* doivent être considérées afin d'apprécier l'opportunité de l'octroi ou le refus des mesures provisoires et conservatoires et des mesures de sauvegarde et de substitution établies par la directive.[204]

En tout état de cause, la *ratio legis* de cette condition est identique à celles ayant poussé l'intégration de ces efforts et dispositions raisonnables repris dans l'UTSA et l'accord sur les ADPIC, à savoir la volonté de ne pas protéger les informations d'un détenteur peu diligent.

Malgré l'absence d'indication de la part de la directive européenne quant à l'interprétation de cette notion de dispositions raisonnables, la doctrine a tenté de donner quelques lignes directrices. La majorité des auteurs s'accordent pour considérer que les types de mesures devant

[201] C.J.U.E., 10 septembre 2013, *Pilkington Group Ltd*., C-278/13, ECLI : EU : C : 2013 : 558, points 42 et 49 confirmée par C.J.U.E., 28 novembre 2013, *EMA c. Abbvie*, C-389/13, ECLI : EU : C : 2013 : 794, point 42 ; A. STROWEL, V. CASSIERS, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *op. cit*., p.107.
[202] O. MALHERBE, et W. DERIJCKE, « « Vous me copierez cent fois... », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *op. cit*., p. 841.
[203] Cons. 23, Directive 2016/943/UE.
[204] Art. 11.2.b) et 13.1.b), Directive 2016/943/UE.

être mises en œuvre relèvent de trois ordres.[205] Tout d'abord, il est nécessaire d'instaurer des mesures physiques telles que les systèmes de vidéosurveillance, des contrôles d'identité, des vigiles, etc. Ensuite, il convient de mettre en place des mesures juridiques de protection. Ces mesures consistent à imposer une obligation de confidentialité aux personnes ayant accès aux secrets. Enfin, des mesures informatiques de protection des secrets doivent également être installées. Elles peuvent consister en des pare-feux et des antivirus, la surveillance d'accès aux données, l'insertion d'obligations de sécurisation informatique dans les contrats conclus avec les fournisseurs d'équipements ou de services informatiques (comme le *cloud computing*), etc.[206]

En outre, nous pouvons plus largement nous référer à la jurisprudence européenne afin d'interpréter cette notion. En cette matière, le tribunal régional supérieur de Schleswig s'est exprimé sur l'impact des clauses de confidentialité. A cet égard, « afin d'éviter que toutes mesures contractuelles prises à l'avance s'avèrent inefficaces (telles que des clauses de confidentialité excessives et donc invalides dans les contrats de travail), le tribunal a considéré qu'il n'existait pas d' « automatisme » selon lequel des clauses de confidentialité non valides conduisent toujours à des mesures déraisonnables ».[207] En outre, d'autres tribunaux européens se sont prononcés sur la question. Dans ce cadre, ils expriment que le fait que le détenteur ait investi dans la sécurité des données sur ses serveurs avec différents utilisateurs ayant différents droits d'accès à l'information, a montré qu'il avait pris des mesures raisonnables[208]. En outre, un Tribunal allemand a affirmé que les mesures raisonnables pour garder le secret constituent « une norme juridique objective inférieure à la protection idéale ou à l'extrême sécurité ». Les mesures requises sont déterminées en fonction des circonstances propres à chaque cas, le type et la valeur du secret, son utilisation, son coût de développement et sa pertinence pour

[205] O. MALHERBE, et W. DERIJCKE, « « Vous me copierez cent fois... », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *op. cit*., p. 841 ; V. CASSIERS, « Les notions clés du régime de protection des secrets d'affaires », *op. cit*., p. 28.
[206] V. CASSIERS, « Les notions clés du régime de protection des secrets d'affaires », *op. cit*., p. 28-36.
[207] Oberlandesgericht Schleswig, 28 avril 2022, 6 U 39/21 ; J. A. KROPP, *What are "reasonable measures for protecting trade secrets" ?,* Taylor Wessing (June 15 2022), https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2022/06/reasonable-measures-for-protecting-trade-secrets (Date de dernière consultation : 7 avril 2024)
[208] Trib. entr. Anvers (18e ch.), 9 mai 2019, *Ing.-Cons*., 2019/4, p.847-867.

l'entreprise, l'étiquetage des informations et les contrats en vigueur avec les employés et les partenaires[209]. [210]

Cependant, en analysant les quelques jurisprudences rendues sur le sujet, nous constatons que, bien que l'adoption de la directive date de quelques années déjà, il est complexe de déterminer la signification de cette exigence de mesures raisonnables. En raison du manque d'indications de l'EU-TSD, aucune règle juridique n'est clairement établie et un large pouvoir d'appréciation est accordé aux juges. A nouveau, comme pour l'accord sur les ADPIC et l'UTSA, l'interprétation de l'existence ou non de mesures raisonnables relève largement de l'interprétation des circonstances concrètes.[211] Cette analyse concrète des faits semble discutable, tout comme pour les actes juridiques étudiés précédemment. En effet, l'exigence conditionne l'application du régime de protection et est pourtant sujette à des imprécisions et à des ambiguïtés. A cet égard, le régime juridique européen de protection du secret d'affaires paraît nébuleux sous certains aspects.

Malgré une interprétation parfois complexe, il n'est pas négligeable que cette dernière condition ait une importance probatoire certaine. Ainsi, « pour prouver qu'une information est bien secrète, et donc inconnue des autres acteurs du secteur, le plus simple reste évidemment de mettre en évidence les mesures que le demandeur aura mises en œuvre pour sauvegarder son secret. »[212] Cependant, comme nous l'avions relevé pour le système américain, cette fonction probatoire ne semble pas suffisante pour élever les mesures raisonnables en condition nécessaire afin de bénéficier du régime de protection du secret d'affaires. En outre, si cette exigence est utilisée afin de « prouver qu'une information est bien secrète » et que la condition de secret ait été démontrée préalablement, la nécessité de prouver l'existence de mesures raisonnables semble redondante, voire inutile.[213]

[209] Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 mars 2021, n°15 U 6/20.
[210] E.U.I.P.O., « Trade Secrets Litigation Trends in the EU » (Juin 2023), https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2023_Trade_Secrets_Litigation_Trends_in_the_EU/2023_Trade_Secrets_Litigation_Trends_Study_FullR_en.pdf (Date de dernière consultation : 6 mai 2024).
[211] Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 3 juin 2020, n012 SaGa 4/20.
[212] O. MALHERBE, et W. DERIJCKE, « « Vous me copierez cent fois... », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *op. cit*., p. 841.
[213] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».

Face à ces considérations, nous constatons que l'absence de lignes directrices sur les mesures raisonnables que les États membres doivent inclure dans leur propre version de la directive est susceptible de causer des problèmes aux entreprises qui possèdent des secrets d'affaires mais qui ne parviennent pas à satisfaire à toutes les exigences de mesures raisonnables dans chaque État membre.[214] En effet, nous pouvons raisonnablement penser que l'objectif de cette condition est d'imposer aux entreprises la mise en place des mesures diligentes sans que cela n'implique de contraintes excessives. Il semblerait donc essentiel que des clarifications soient faites afin d'éviter que des charges inutiles soient imposées aux entreprises qui essaient de satisfaire aux régimes juridiques des États membres européens. [215]

Section 3 : Transposition de l'EU-TSD au sein des régimes juridiques des États membres

Après avoir analysé la directive et le régime juridique qui en découle, intéressons-nous à la manière dont cette-dernière a été transposée au sein des États membres. Malgré les critiques, certains États membres sont peut-être parvenus à pallier les différents manquements de la directive par leur transposition. A ce titre, nous analyserons brièvement la transposition du régime de protection du secret d'affaires dans les ordres juridiques belge et allemand.

§ 1 : Le régime juridique belge du secret d'affaires

A. Transposition et définition du secret d'affaires

La directive européenne 2016/943 a été transposée dans le régime juridique belge par la loi du 30 juillet 2018[216]. Cette loi a modifié trois outils juridiques belges, à savoir le Code de droit économique[217], le Code judiciaire[218] et la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail[219]. Néanmoins, la plus grande partie des dispositions relatives au secret d'affaires se retrouve dans le Code de droit économique où le secret d'affaires est défini comme :

> « Une information qui répond à toutes les conditions suivantes :

[214] B. FOX, *Tripping Over the EU Trade Secret Directive: "Reasonable Steps" to Get Back on Track*, Vol. 19, *Chi.- Kent J. Intell. Prop.*, 2020, p. 89.
[215] *Ibid*, p. 90.
[216] Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B.*, 14 août 2018, p. 64584.
[217] Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013, p.19975.
[218] Code judiciaire, *M.B.*, 31 octobre 1976, p.11360.
[219] Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

a) Elle est secrète en ce sens que, dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, elle n'est pas généralement connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'information en question, ou ne leur est pas aisément accessible ;

b) Elle a une valeur commerciale parce qu'elle est secrète ;

c) elle a fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la garder secrète ; »[220]

Lorsque nous comparons cette définition à celle de l'EU-TSD, nous constatons que l'article 1.17/1, 1°, du Code de droit économie belge reprend à l'identique les conditions de l'article 2, 1) de la directive. Toutefois, le législateur belge parle de l'information au singulier et non au pluriel comme dans le droit européen. Une seule information peut donc constituer un secret d'affaires en droit belge alors que ce n'est pas le cas en vertu de la directive.[221] Malgré cette distinction, il est évident qu'en ce qui concerne la transposition de la définition d'un secret d'affaires, le législateur n'a pas eu l'intention d'innover. Il semble alors utopique de penser que le régime juridique belge ait pu pallier le manque de directions quant à l'interprétation de la définition du secret d'affaires.

B. Particularités du régime

Selon la directive, les États membres ne sont pas tenus de protéger les secrets d'affaires lors d'une « procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires ».[222] Cependant, le législateur belge a fait le choix de permettre l'application de cette protection lors de « toute procédure judiciaire ». Ce choix d'étendre la protection se justifie par un motif de cohérence puisque, si l'objectif est d'assurer la protection des secrets d'affaires, pourquoi cette protection devrait-elle se limiter aux seules procédures qui l'ont pour objet explicite ? Il est possible que de tels secrets courent le risque d'être dévoilés dans bon nombre d'autres litiges.[223] Cependant, bien que le Conseil d'État soit régulièrement amené à

[220] Art. 1.17/1, 1°, Code de droit économique, *M.B*., 29 mars 2013, p.19975.
[221] V. CASSIERS, « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge » in *Droit de la propriété intellectuelle* (sous la dir. de N. BERTHOLD), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 261.
[222] Art. 9, Directive 2016/943/UE.
[223] Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, *Doc. Parl.*, Chambre, 12 juin 2018, doc. n°54 3154/001, p.30 ; O. MALHERBE, et W. DERIJCKE, « « Vous me copierez cent fois... », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *op. cit*., p. 841.

connaître de litiges dans lesquels le risque de divulgation de secret d'affaires est tout à fait réel, il semble regrettable que le législateur belge ne se soit pas clairement positionné quant à l'application de cette protection au sein du contentieux administratif.[224]

Bien que la transposition de l'EU-TSD marque un tournant en droit belge en permettant une meilleure organisation du régime juridique applicable aux secrets d'affaires, elle ne peut pas vraiment être considérée comme une innovation majeure. En effet, il aurait été intéressant que le législateur aille au-delà d'une transposition littérale de la définition de la directive européenne afin d'établir un régime juridique clair et exempt d'incohérences.

§ 2 : Le régime juridique allemand du secret d'affaires

A. Transposition et définition du secret d'affaires

Le régime juridique allemand n'a pas attendu l'entrée en vigueur de la directive européenne pour établir une définition du secret d'affaires, apparue pour la première fois dans la décision *Stiefeleisenpresse* de 1935.[225] Cette définition se fonde sur quatre critères distincts : (i) un secret commercial est un fait qui n'est connu que par un cercle restreint de personnes, (ii) qui est lié à une entreprise particulière, (iii) dans lequel son propriétaire a un intérêt légitime et (iv) qu'il entend garder secret.[226]

Cette définition est restée d'application jusqu'à la transposition de la directive européenne dans le droit allemand.[227] La directive a ensuite été transposée par la Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)[228] qui définit le secret d'affaires comme étant :

> « *eine Information*
>
> *a)die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und*

[224] E. GONTHIER et M. VASTMANS, « Le secret d'affaires : un char à l'assaut de la transparence administrative, de la motivation formelle des actes administratifs et du principe du contradictoire ? », *Adm. Publ*., 2010/3, pp. 339-347.
[225] German Reichsgericht (Zivilsenat), 22.11.1935, Stiefeleisenpresse, II 128/35, RGZ 149, 329, GRUR 1936, 183, pp. 332-333.
[226] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p. 98.
[227] *Ibid.*
[228] Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18 April 2019 (BGB1. I S. 466).

b)die Gegenstand von den Umständen nach angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und

c)bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht ; »[229]

Lorsque nous comparons cette définition à celle de la directive européenne, nous relevons certaines distinctions. Tout d'abord, en ce qui concerne les mesures raisonnables, la définition allemande n'indique pas que ces mesures doivent être prises « afin de garder les informations secrètes ». Par ce choix dans la manière de rédiger cette exigence d'efforts raisonnables, nous pouvons dégager une volonté d'attribuer une fonction propre à celle-ci. L'exigence devient alors tout à fait indépendante de la condition de secret et garde une utilité malgré la preuve du caractère secret de l'information. En outre, la notion de « valeur commerciale » est remplacée par la notion « d'intérêt légitime ». Nous pouvons dégager de cette utilisation du terme d'« intérêt légitime » une volonté d'élargir l'application du régime juridique de protection des secrets d'affaires. En effet, alors qu'une valeur commerciale ne peut s'apprécier que dans un contexte de commerce, un intérêt légitime a une interprétation beaucoup plus large. Une information pourrait alors avoir un intérêt affectif, mais légitime, et malgré tout être qualifiée de secret d'affaires.

Malgré ces deux divergences, la définition allemande reste très similaire à la définition de la directive puisque, par leur transposition, les législateurs nationaux ne semblent pas avoir eu pour objectif d'innover.

B. Caractéristiques du régime

Comme nous l'avons vu, jusqu'à la transposition de l'EU-TSD, la définition du secret d'affaires trouvait sa source dans la jurisprudence. Ce sont les articles 17 et suivants de la loi fédérale sur la concurrence déloyale[230] qui offraient un cadre protecteur au bénéfice des détenteurs du secret mais ces articles n'établissaient pas de définition claire du secret. La transposition de la directive est donc considérée comme l'adoption d'une approche commune par les États membres de cette notion mal appréhendée qu'est le secret.

[229] Abschnitt 1, §2, 1°, Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18 April 2019 (BGB1. I S. 466).
[230] Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist.

À la suite de cette transposition, une particularité s'est révélée au sein du régime allemand du secret d'affaires. Le secret ne pourra bénéficier de la protection qu'à la condition que son détenteur ait adopté au préalable une démarche active afin de préserver le caractère confidentiel de l'information. En effet, en imposant l'adoption des mesures raisonnables, cette démarche active semble devenir une nécessité afin de bénéficier de la protection. Cette situation se distingue du régime antérieurement applicable en Allemagne où la jurisprudence se contentait d'analyser le caractère confidentiel de l'information au regard d'une notion subjective, à savoir la « *Geheimhaltungswille* [231]». [232]

Par la transposition quasi identique de la définition du secret d'affaires reprise dans la directive européenne, le régime allemand permet difficilement de renforcer l'objectif de clarification du régime de protection des secrets d'affaires. Comme le souligne le tribunal régional supérieur de Schleswig, des années après la transposition de l'EU-TSD au sein de l'ordre juridique allemand, il reste difficile de déterminer la signification de certaines exigences de la définition.[233] L'incertitude, résultant du manque de règles juridiques claires, mène donc à une appréciation concrète des faits [234] et à des risques de divergences d'interprétations en fonction des juges, des instances ou encore des mœurs des pays.

Conclusion de l'analyse du régime juridique des secrets d'affaires de l'EU-TSD

Nous l'avons vu, l'adoption de la directive s'est justifiée par la nécessité de mettre en place des règles pour rapprocher les droits des États membres en matière de protection des secrets d'affaires en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite de ceux-ci.[235] A cet égard, l'EU-TSD a permis un large développement de la protection des secrets d'affaires au sein des différents ordres juridiques européens. En effet, en transposant cette directive, les États membres ont été tenus de créer un cadre légal propre aux secrets d'affaires.

---

[231] *La volonté de garder le secret.*
[232] J. A. KROPP, *What are "reasonable measures for protecting trade secrets" ?*, Taylor Wessing (June 15 2022), https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2022/06/reasonable-measures-for-protecting-trade-secrets (Date de dernière consultation : 9 avril 2024).
[233] Oberlandesgericht Schleswig, 28 avril 2022, 6 U 39/21.
[234] J. A. KROPP, *What are "reasonable measures for protecting trade secrets" ?*, Taylor Wessing (June 15 2022), https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2022/06/reasonable-measures-for-protecting-trade-secrets (Date de dernière consultation : 9 avril 2024).
[235] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires - Chapitre 3 : Examen du cadre légal de la Directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (EU-TSD)- Section 1 : Contexte européen et adoption ».

Cependant, tout comme l'accord sur les ADPIC a échoué dans sa tâche d'harmonisation, la directive n'a pas su établir un régime clair et commun à l'attention de l'ensemble des États membres. Comme nous l'avons relevé, le manque de règles juridiques claires et la large marge de manœuvre laissée à l'appréciation concrète des faits mènent à diverses interprétations et donc diverses applications du régime au sein des ordres juridiques nationaux. Dans ce cadre, en l'absence d'une réforme du cadre légal européen des secrets d'affaires, la Cour de justice de l'Union européenne est appelée à poursuivre ce travail d'harmonisation du régime en proposant des interprétations de la directive afin « d'en définir le contenu de manière plus rigoureuse et d'assurer ce faisant une harmonisation plus poussée dans l'Union européenne ».[236]

Conclusion partielle

Par l'adoption des normes juridiques telles que l'UTSA, l'accord sur les ADPIC et l'EU-TSD, les auteurs avaient comme objectif principal d'harmoniser les régimes des secrets d'affaires au sein des ordres juridiques. Plus précisément, l'adoption de ces actes tend à une harmonisation juridique transfrontalière. En effet, la définition américaine de l'UTSA a été reprise dans l'accord sur les ADPIC et a ensuite été intégrée au sein de la directive européenne.

Cependant, malgré cette volonté d'harmonisation, ces régimes restent caractérisés par l'incertitude et l'ambiguïté. Ce flou juridique trouve notamment son origine dans l'élévation des critères du Restatement en exigences fondant la définition du secret d'affaires au sein de l'UTSA. En effet, lors de la rédaction de l'UTSA, le choix a été fait d'élaborer une définition sur des conditions dont les auteurs reconnaissaient explicitement le caractère flou et l'incapacité à former une définition claire.[237]

A cet égard, il semble regrettable que, presque cinquante ans après l'adoption de cette définition en Amérique, aucune nouvelle règle juridique ne soit adoptée et que les nouveaux régimes tels que celui de la directive 2016/943 n'apportent pas de clarification en la matière. Dans ce cadre, afin de concrétiser ces définitions vagues, un rôle important est attribué aux juges qui auront,

[236] V. CASSIERS, « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge », *op. cit.*, p. 317.
[237] American Law Institute, *Restatment (First) of Torts*, 1939, §757, cmt. B ; *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 1 : Origine et adoption ».

malgré tout, besoin de lignes directrices afin d'interpréter ces notions.[238] Certaines réformes paraissent donc indispensables en la matière.

Partie 2 : Philosophies judiciaires des USA et de l'UE en matière de secret d'affaires

Comme nous venons de le voir et de le résumer au sein de la conclusion partielle, bien que l'Europe et les États-Unis soient séparés par plus de sept mille kilomètres, les régimes protégeant les secrets d'affaires dans ces ordres juridiques états-unien et européen sont particulièrement semblables. Néanmoins, en est-il de même pour l'utilisation faite de ces régimes ?

Afin de répondre à cette question, une analyse de nombreuses décisions rendues par les instances européennes et états-uniennes a été réalisée. Selon cette étude, nous constatons que malgré un régime semblable, la manière de gérer les conflits en Europe et aux États-Unis en matière de secret d'affaires est totalement distincte, voire opposée. Plus précisément encore, il ressort de cette analyse qu'il existe deux philosophies judiciaires bien distinctes des deux côtés de l'Atlantique.

Dans cette partie, nous tenterons donc d'analyser quelques éléments caractérisant les contentieux judiciaires européens et états-uniens afin de comprendre pourquoi et comment se sont développées des philosophies judiciaires si distinctes.

Chapitre 1 : Contentieux judiciaire états-unien en matière de secret d'affaires

Il n'est pas présomptueux de considérer que les États-Unis peuvent être qualifiés de société procédurière. Les Américains sont souvent enclins à lancer des actions en justice afin de régler un différend et surtout d'obtenir des dommages et intérêts élevés. Ce constat ne date pas d'hier et la question a même été abordée dans des campagnes présidentielles. A cet égard, nous

[238] L. DESAUNETTES-BARBERO, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding, op. cit*., p.113.

pouvons citer George W. Bush qui a promis d'essayer de mettre un terme à l'épidémie de procès afin d'éviter les contentieux excessifs et ridicules qui nuisent à l'économie.[239]

Et ce constat, nous pouvons l'appliquer à la philosophie judiciaire encadrant la protection des secrets d'affaires. En effet, lorsque nous nous penchons sur la jurisprudence états-unienne interprétant les notions de secret d'affaires, nous observons qu'un nombre substantiel de décisions ont été rendues en la matière.

Dans ce chapitre, nous tenterons donc d'analyser la raison d'être de cette philosophie judiciaire américaine notamment caractérisée par un nombre important de procès.

Section 1 : Le contentieux indemnitaire

§ 1 : La quantification des dommages

Lorsque nous examinons les décisions rendues par les cours et tribunaux états-uniens nous constatons que généralement, les indemnisations accordées par ceux-ci sont beaucoup plus élevées qu'en Europe.

Nous retrouvons cette tendance à condamner au versement de montants élevés, voire exorbitants dans les procès en matière de protection des secrets d'affaires. Prenons pour exemple une décision rendue par une cour d'appel des États-Unis en matière d'appropriation illicite de secrets qui a affirmé que les juges de la cour de district avaient raisonnablement évalué le dommage en l'estimant à plus de 46 millions de dollars.[240] Plus récemment et plus extrême encore, dans l'affaire *Appian Corp. v. Pegasystems Inc.*, le jury a accordé le montant stupéfiant de 2 milliards de dollars en faveur du plaignant Appian pour l'appropriation illicite de secrets d'affaires en violation de la loi de Virginie sur les secrets commerciaux et de la loi

[239] L. M. FRIEDMAN, « Les Etats-Unis sont-ils la « partie » des contentieux ? – Jusqu'où ira la judiciarisation de la société ? », Constructif (février 2005), http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/les-etats-unis-sont-ils-la-«patrie»-des-contentieux.html?item_id=2624 (Date de dernière consultation : 17 avril 2024)
[240] *PIONEER HI-BRED V. HOLDEN FOUNDATION SEEDS*, 35 F.3d 1226 (8th Cir 1994).

de Virginie sur les délits informatiques.[241] Ces deux cas ne sont que des exemples parmi tant d'autres de condamnation à des montants déconcertants.[242]

Ces indemnités peuvent être versées, car en vertu de l'UTSA, il est possible d'obtenir des dommages et intérêts pour la perte réelle causée par l'appropriation illicite. Les dommages sont alors calculés sur la base du manque à gagner, de la perte de la clientèle ou encore des bénéfices de l'auteur de l'appropriation illicite. Néanmoins, une des raisons justifiant que ces indemnités soient si élevées relève du fait que les dommages et intérêts peuvent aller jusqu'à deux fois le montant de la perte réelle en cas d'appropriation illicite délibérée et malicieuse.[243] Ceci s'explique notamment par le fait que le droit américain admet le prononcé de dommages et intérêts « punitifs ». Dans ce cadre, l'indemnisation ne sera pas seulement mesurée à l'aune du préjudice subi par la victime, mais encore à la mesure de la faute commise par l'auteur du dommage.[244] Par ailleurs, contrairement aux procédures européennes, dans la plupart des affaires civiles états-uniennes, la décision est rendue par un jury non professionnel, tiré au sort dans la communauté. En matière civile, le jury est composé de six jurés, cinq d'entre eux devant s'accorder pour rendre la décision.[245] Dans ce cadre, ce jury déterminant les indemnités, sera peut-être plus apte à fixer des montants plus élevés qu'un juge plutôt conservateur.

Ces contentieux ne sont pas forcément vus d'un bon œil y compris aux États-Unis. Ils sont même qualifiés de pleurnicheries et de judiciarisation excessive.[246] Nous pouvons comprendre cette critique car de tels litiges ne peuvent contribuer à une économie stable et innovante. Quand on condamne à des montants si élevés, il semble illusoire d'imaginer que des entreprises, et encore moins des personnes physiques, soient capables de verser de telles sommes. Une sentence si lourde ne peut présager un avenir radieux pour une entreprise et peut même la conduire à une fermeture totale si elle n'a pas réussi à s'acquitter de cette dette. Une telle condamnation ne sert alors plus à couvrir un préjudice mais plutôt à punir un concurrent.

---

[241] APPIAN CORP. V. PEGASYSTEMS INC., n°2020-07216, (Va. Cir. Ct. Fairfax Cty 2022).
[242] *MOTOROLA SOLUTIONS, INC. V. HYTERA COMMUNICATIONS CORP. LTD.*, No. 1:17-cv-01973 (N.D. Ill. 2020) : dans cette affaire l'indemnité versée était de 764 millions de dollars ; *EPIC SYSTEMS CORP. V. TATA CONSULTANCY SVCS., LTD.*, No. 14-cv-748 (W.D. Wisc. 2022) : dans cette affaire, les dommages ont été estimés à 940 millions de dollars.
[243] U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, §3 (b), 1979 (1985).
[244] M.A. FRISON-ROCHE, « L'escalade des dommages et intérêts punitifs stoppée par la Cour suprême des Etats-Unis », Les Echos (25 avril 2003), https://www.lesechos.fr/2003/04/lescalade-des-dommages-et-interets-punitifs-stoppee-par-la-cour-supreme-des-etats-unis-664570 (Date de dernière consultation : 18 avril 2024).
[245] P. THIEFFRY, « Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis », *in Revue internationale de droit comparé*, Vol. 36, n°4, 1984, p. 804.
[246] S. J. BAYERN, « Explaining the American Norm Against Litigation », *93 Cal. L. Rev. 1967*, 2005, p. 1700.

Cependant, bien qu'un large contentieux civil indemnitaire existe aux États-Unis, beaucoup d'affaires civiles se règlent tout de même à l'amiable.[247] Cette pratique est promue depuis un certain temps puisqu'Abraham Lincoln exprimait déjà « *Discourage Litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can.* ». [248] Nous pouvons espérer qu'avec cette possibilité de règlement à l'amiable, de tels procès extravagants tendent à disparaître.

§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires

Cette culture de condamnation à des montants déconcertants a un impact certain sur le nombre d'actions intentées aux États-Unis en matière de secret d'affaires. En effet, les entreprises se sentant lésées par une potentielle appropriation illicite d'informations confidentielles pourraient être tentées d'intenter une action au civil afin de bénéficier de ces montants considérables.

En outre, le flou juridique qui entoure le régime des secrets d'affaires peut influencer les entreprises hésitant à lancer des actions en la matière. Comment résister à la tentation de gagner des millions si le régime juridique sur lequel est fondée l'action est bancal ? Dans ce cadre, même si le plaignant n'est pas certain que son information soit qualifiée de secret d'affaires, il reste encore une possibilité de gagner ce procès puisqu'il existe de nombreuses discussions autour de l'interprétation de cette notion. Au final, une action intentée auprès des juridictions judiciaires civiles afin de plaider l'appropriation illicite d'un secret d'affaires tend à être assimilée à une réelle loterie avec peu de certitude et des millions à la clé.

[247] L. M. FRIEDMAN, « Les Etats-Unis sont-ils la « partie » des contentieux ? – Jusqu'où ira la judiciarisation de la société ? », Constructif (février 2005), http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/les-etats-unis-sont-ils-la-«patrie»-des-contentieux.html?item_id=2624 (Date de dernière consultation : 17 avril 2024).
[248] M. GALANTER, « Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society », *31 UCLA L. Rev. 4, 6 & n.4*, 1983.

Section 2 : La transparence du contentieux

§ 1 : Le système américain et « l'honnêteté judiciaire »

> *« An independent and honorable judiciary is indispensable to justice in our society. »* [249]

« L'honnêteté judiciaire » aussi nommé « l'intégrité judiciaire » est un principe important dans le déroulement des procès aux États-Unis. L'intégrité judiciaire est généralement définie comme la qualité d'être honnête et d'avoir des principes moraux forts. C'est l'acte de se comporter honorablement, même lorsque personne ne regarde. Ce devoir d'honnêteté judiciaire revient tant aux juges qu'aux avocats et impliquent que les décisions judiciaires témoignent de l'engagement du tribunal en faveur de la légalité et de la justice. [250]

Nous retrouvons ce concept dans les principes internationaux de conduite pour la profession juridique. Ils ont été créés afin de promouvoir les idéaux de la profession juridique et d'établir un cadre généralement accepté pour servir de base sur laquelle des codes de conduite peuvent être établis pour les avocats dans n'importe quelle partie du monde. [251] Le point 2 de ces principes stipule alors que

> « *A lawyer shall at all times maintain the highest standards of honesty, integrity and fairness towards the lawyer's clients, the court, colleagues and all those with whom the lawyer comes into professional contact.* »

Les États-Unis accordent une certaine importance à ces principes puisque, déjà bien avant leur adoption, le Model Rules of Professional Conduct avait déjà été intégré dans la profession légale américaine. Cet acte reprend la majorité des idées présentes dans les principes internationaux de conduite pour la profession juridique. Nous y retrouvons alors ce concept d'intégrité judiciaire lorsque, par exemple, il est stipulé que :

> « *A lawyer shall not knowingly:*
>
> *(1) make a false statement of fact or law to a tribunal or fail to correct a false statement of material fact or law previously made to the tribunal by the lawyer;*

[249] Committee on Codes of Conduct, *Code of Conduct for United States Judges*, Vol. 2, Canon 1, 1973 (2019).
[250] R.M. BLOOM, « Judicial Integrity: A Call for Its Re-Emergence in the Adjudication of Criminal Cases », *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.84, Issue 3, 1973. Disponible à : https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/judicial-integrity-call-its-re-emergence-adjudication-criminal
[251] International Bar Association, *International Principles on Conduct fort he Legal Profession,* pt. 2, 2011.

(2) fail to disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to the lawyer to be directly adverse to the position of the client and not disclosed by opposing counsel; […] »[252]

Dans ce contexte d'honnêteté et d'intégrité, nous constatons que les Américains ont généralement une grande confiance en leur appareil judiciaire.[253] Afin de préserver cette confiance, le système judiciaire américain rappelle également dans le Model Code of Professional Responsibility que :

« *The canons of professional ethics must be enforced by the Courts and must be respected by members of the Bar if we are to maintain public confidence in the integrity and impartiality of the administration of justice* ». [254]

§ 2 : Le rôle du juge dans « l'honnêteté judiciaire »

Bien que l'honnêteté judiciaire soit considéré comme important dans le système américain, il est crucial d'analyser comment ce principe est respecté dans les procédures. En effet, c'est seulement si un acteur judiciaire détient les leviers pour faire respecter ce concept que celui-ci démontrera son importance pratique et non pas simplement théorique.

Aux États-Unis, les juges reçoivent d'office certains pouvoirs qui leur permettent de sanctionner les avocats se livrant à des comportements inappropriés ou ne respectant pas les règles de conduite citées ci-dessus.[255] Cette possibilité de sanction est consacrée par la règle du *contempt of Court*. En vertu de cette règle :

« *A court of the United States shall have power to punish by fine or imprisonment, or both, at its discretion, such contempt of its authority, and none other, as—*

(1) Misbehavior of any person in its presence or so near thereto as to obstruct the administration of justice;
(2) Misbehavior of any of its officers in their official transactions;
(3) Disobedience or resistance to its lawful writ, process, order, rule, decree, or command. »[256]

---

[252] American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, Rule 3.3. (1), (2), 1983 (2020).
[253] L. M. FRIEDMAN, « Les Etats-Unis sont-ils la « partie » des contentieux ? – Jusqu'où ira la judiciarisation de la société ? », Constructif (février 2005), http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/les-etats-unis-sont-ils-la-«patrie»-des-contentieux.html?item_id=2624 (Date de dernière consultation : 17 avril 2024).
[254] American Bar Association, *Model Code of Professional Responsibility*, Preliminary Statement, note 9, 1981.
[255] C. L. DESSIN, « Civil Procedure – Federal District Courts Have Inherent Power to Sanction Attorneys for Abuse of the Judicial Process », *31 Vill. L. Rev. 1073*, 1986, p. 1073.
[256] United States Congress, *18 United States Code*, §401, 1948 (2002).

Le *contempt of Court* peut être défini comme « un acte de désobéissance ou d'irrespect à l'égard de la branche judiciaire du gouvernement ou une interférence avec son processus ordonné. Il s'agit d'une infraction à l'encontre d'une cour de justice ou d'une personne à qui les fonctions judiciaires de la souveraineté ont été déléguées ». [257]

Par cette règle du *contempt of Court*, les avocats sont tenus de respecter les règles de déontologie associées à leur profession légale. Les juges n'hésitent pas à utiliser ce pouvoir de sanction et les répercussions peuvent être particulièrement contraignantes. Prenons pour exemple une situation où un avocat américain a été suspendu une année entière pour *contempt of Court*. Au regard de cette sanction nous pourrions nous attendre à un acte relativement grave de la part de l'avocat. Pourtant la sanction découle simplement de l'utilisation par celui-ci de son téléphone devant le juge durant l'audience. Aux États-Unis, les avocats sont donc strictement tenus de se comporter déontologiquement afin d'éviter de se voir appliquer de telle sanction.

Nous constatons donc que dans ce pays régi par la common law, où le juge est parfois considéré comme étant au-dessus de la loi car il détient le pouvoir de la créer, un rôle particulièrement important lui est attribué [258] : faire respecter l'honnêteté et l'intégrité judiciaire par certains leviers dont celui du *contempt of Court*.

§ 3 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires

Une telle épée de Damoclès pesant sur la tête des avocats exerce un réel impact sur les décisions judicaires rendues en matière de protection des secrets d'affaires aux États-Unis.

Puisque les procédures judiciaires sont régies par des règles déontologiques et que le juge a un pouvoir direct de sanction en cas de violation de ces règles, la confiance des Américains en ces procédures judiciaires est particulièrement renforcée. Dans ce contexte de confiance, il semble alors justifié que des entreprises ou des personnes physiques soient enclines à intenter des

[257] U.S. Department of Justice, « General definition of Contempt » (January 21, 2020), https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-752-general-definition-contempt (Date de dernière consultation : 20 avril 2024).
[258] C. PONCET, « La faute que la culture juridique américaine ne pardonne pas », Le Temps (19 juillet 1999), https://www.letemps.ch/opinions/charles-poncet-faute-culture-juridique-americaine-ne-pardonne (Date de dernière consultation : 21 avril 2024).

procès en une matière aussi délicate que celle des secrets d'affaires puisqu'honnêteté et intégrité judiciaire sont assurées.

Cette honnêteté judiciaire est donc une des raisons qui nous permet de justifier le nombre important de décisions rendues par les instances judiciaires en matière de protection des secrets d'affaires.

Section 3 : Le rôle des autorités administratives

Nous verrons par la suite que la plupart des décisions européennes portant sur le secret d'affaires sont de nature administrative. Pourtant, nous l'avons vu, aux États-Unis, cette matière est plus généralement traitée au sein des instances judiciaires. Il convient donc de brièvement analyser le système administratif américain afin d'assimiler cette nouvelle distinction au sein des différents ordres juridiques états-unien et européen.

§ 1 : Le contentieux administratif américain

A côté des contentieux civils, la question des secrets d'affaires peut également être traitée au sein des procédures administratives. Dans ce cadre, la question n'est pas de savoir si un secret d'affaires a illicitement été approprié mais plutôt d'identifier les secrets afin de les protéger tout au long de la procédure. Les principes du contradictoires et la protection des informations confidentielles sont alors mis en balance. Mais qu'en est-il de ces procédures aux États- Unis ?

Il se peut donc que dans le cadre d'une procédure administrative, la question se pose de savoir si une information peut être qualifiée de secret d'affaires et doit donc être protégée tout au long de la procédure. Face à cette protection accordée ou non à l'information, il est possible que l'administré conteste la décision. Aux États-Unis, en cas de contestation d'une décision administrative, il est possible d'interjeter appel de celle-ci. Cet appel doit se faire auprès d'une cour judiciaire[259] qui, en fonction des éléments de la situation, peut notamment être une cour de district, une cour d'appel, une cour suprême étatique ou encore la Cour suprême fédérale. [260]

[259] J. M. GAFFNEY, « Judicial Review Under the Administrative Procedure Act », Congressional Research Service (December 8, 2020), https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490db815f7558.pdf (Date de dernière consultation : 21 avril 2024).
[260] Utah State Courts, « Appealing an Administrative Agency Decision » (s.d.), https://www.utcourts.gov/en/self-help/case-categories/appeals/admin-agency.html (Date de dernière consultation : 21 avril 2024).

Puisque cet appel se fait devant une cour judiciaire et non devant une instance administrative, l'administré fait moins figure d'assujetti que de citoyen. [261] En effet, en cas d'un tel appel, la partie intéressée et l'autorité administrative sont sur un pied d'égalité face au juge. L'administré se trouve donc moins dans une position de subordination par rapport à l'instance administrative que ce que nous observerons au niveau européen. Le corollaire de ce constat est que le pouvoir décisionnel de l'autorité administrative semble peu consacré aux États-Unis. Ce monisme juridictionnel caractérisant le système américain se justifie par l'importance accordée à la séparation des pouvoirs.[262] Cette séparation « souligne tout à la fois l'importance qu'il y a à ménager un droit de regard entre les trois branches du pouvoir et la nécessité d'éviter, non la concurrence, mais la possible domination de l'une quelconque d'entre elles ».[263]

Néanmoins, le développement des Administrative Law Judges (ALJ) vient nuancer ce monisme juridictionnel états-unien. Ces juges de droit administratif sont des juges exécutifs chargés des audiences officielles et non officielles des litiges administratifs au sein du gouvernement fédéral. [264] Bien que cette fonction de juge trouve son origine dans un acte fédéral, à savoir l'acte sur la procédure administrative de 1946 (APA)[265], la plupart des États ont adopté des lois reflétant le contenu de cet acte. On retrouve donc ces ALJ au niveau étatique. Néanmoins, dans certains contextes, ces ALJ ne disposent que d'un pouvoir et d'une autorité minimes puisque leurs décisions sont davantage considérées comme des recommandations.[266] Dans cette situation, il semble présomptueux de considérer que les Administrative Law Judges constituent un corps de juges qui priverait les juges ordinaires de l'ordre judiciaire d'une partie du contentieux.[267]

[261] D. CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : Sources et Procédures », *R.I.D.C.*, 2007, p.299.
[262] *Ibid.*, p. 294.
[263] P. STRAUSS, « An introduction to administrative justice in the United States », *Carolina Academic press*, 2002, p. 297.
[264] Legal Information Institute, « Administrative law judge *(ALJ)* » (s.d.), https://www.law.cornell.edu/wex/administrative_law_judge_(alj) (Date de dernière consultation : 22 avril 2024).
[265] 79th United Congress, *Administrative procedure Act (APA) ,* 1946 (1996).
[266] D. CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : Sources et Procédures », *op. cit.,* p.294.
[267] *Ibid.* Pour en savoir plus cf. C.S. GREER, « Expanding the Judicial Power of the Administrative Law Judge to Establish Efficiency and Fairness in Administrative Adjudication », *27 U. Rich. L. Rev. 103*, 1992.

§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires

Cette organisation juridique états-unienne a nécessairement un impact sur les jurisprudences rendues en matière de protection des secrets d'affaires. L'absence de juridiction supérieure administrative ayant le pouvoir de réformer ou d'annuler des décisions rendues par des autorités administratives renforce l'existence de jurisprudences rendues par des juridictions judiciaires en matière de secret d'affaires. Les questions d'interprétation de l'application du régime juridique du secret d'affaires ne se poseront pas ou alors que très peu auprès des instances administratives mais plutôt, si elles font l'objet de discussions, auprès de juridictions judiciaires. Le nombre important de jurisprudences rendues en la matière par des juridictions judiciaires s'explique donc ici par l'organisation juridictionnelle états-unienne.

Conclusion sur la philosophie judiciaire états-unienne en matière de secret d'affaires

Des dommages et intérêts exorbitants, une intégrité judiciaire bien gardée et une absence de juridiction supérieure administrative sont donc, entre autres, des éléments justifiant cette philosophie caractérisée par un nombre important d'actions intentées au sein de l'ordre judiciaire états-unien. Bien que l'honnêteté judiciaire contribue à créer un système juridictionnel sain et enclin à rétablir la justice au sein de la société américaine, nous ne pouvons pas en dire autant des indemnisations exorbitantes. Ces condamnations poussent à qualifier le système judiciaire états-unien d'excessif, voire de ridicule. Dans ce cadre, malgré les leviers de l'honnêteté judiciaire existant dans l'ordre juridictionnel américain, cet ordre ne semble plus vraiment faire sens lorsque nous savons que nous pourrions être tenus de payer presque trois millions de dollars pour un café trop chaud.[268]

Face à ces éléments, nous pouvons donc comprendre la raison pour laquelle nous retrouvons un nombre assez important de jurisprudences états-uniennes en matière de secret d'affaires. Parfois forcés à appeler des décisions administratives auprès des cours judiciaires, parfois rassurés par une honnêteté assurée par les juges, les Américains sont tentés de jouer à la loterie judiciaire qui caractérise les procès civils états-uniens.

[268] *STELLA LIEBECK V. MCDONALD'S RESTAURANTS*, No. CV 93 02419, (Bernalillo County, N.M. Dist. 1994).

Chapitre 2 : Contentieux judiciaire européen en matière de secret d'affaires

Nous l'avons vu, tant le régime américain que le régime européen en matière de protection des secrets d'affaires sont qualifiés de flous et d'ambigus. Puisqu'aucune réforme ne semble se mettre en place, les régimes nécessitent l'intervention des juges afin que leurs interprétations fournissent une protection claire. Bien qu'aux États-Unis, comme nous l'avons relevé, ce ne soient pas les procès en la matière qui manquent, au sein de l'Union européenne la situation est différente. En effet, les procès intentés sont moins nombreux et les réclamations en matière de secrets d'affaires ne constituent que très rarement l'objet principal des demandes en justice.

Ainsi, dans ce chapitre, afin d'appréhender la philosophie judiciaire européenne en matière de secrets d'affaires, nous procéderons à l'analyse de certains des éléments caractérisant le contentieux judiciaire européen. L'objectif de cette analyse étant de comprendre comment, en Europe, malgré une législation floue et un sujet aussi important qu'est la protection d'un secret d'affaires, le nombre de décisions rendues en la matière reste si limité.

Section 1 : Le contentieux indemnitaire

§ 1 : La quantification forfaitaire des dommages

« Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »[269]

En Europe, les procédures judiciaires sont généralement considérées comme lentes, coûteuses et aléatoires. Dans ce contexte, les parties ont généralement décidé de régler par voie contractuelle de manière préalable les potentielles difficultés pouvant découler de leurs relations plutôt que de se lancer dans des procès qu'elles qualifient d'incertains. En Europe, on considère en effet que « il n'est meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes ».[270] Le justiciable européen a alors moins le sentiment de subir une perte dans un compromis établi antérieurement plutôt que d'aller en justice. [271]

[269] Adage juridique trouvant sa source dans les mots de l'écrivain français, Honoré de Balzac.
[270] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du Droit Français*, 3e éd., Paris, Litec, 1992.
[271] A. CONUS, *La conciliation judiciaire*, Condé sur Noireau, L'Harmattan, 2020.

Nous retrouvons très clairement cette philosophie européenne dans le contentieux judiciaire en matière de protection des secrets d'affaires. Peu de décisions ayant pour objet l'appropriation illicite de secret d'affaires sont rendues puisqu'en Europe, il est plutôt conseillé de régler cette question de manière contractuelle. Les entreprises mettent alors généralement en place des accords de secret, appelés aussi « *NDA* »[272], avec leurs partenaires commerciaux mais également avec leurs travailleurs afin d'assurer la protection de leurs informations confidentielles. [273] Ces accords prévoient de manière fixe et négociée, le montant de l'indemnité qui devra être versée en cas d'appropriation d'un secret d'affaires. Ce montant fixé contractuellement est généralement forfaitaire et ne répare pas toujours intégralement le préjudice subi mais permet aux parties d'éviter le système judiciaire européen, jugé par bon nombre de citoyens comme insatisfaisant.[274]

Par cette culture de la contractualisation, la question de l'application du régime européen de protection du secret d'affaires s'inscrit dans une approche plutôt technocratique.

§ 2 : Les montants de l'indemnisation

En matière d'indemnisation, les juges européens sont bien moins généreux que les juges états-uniens.[275] En droit civil européen, la règle généralement appliquée en matière de réparation du dommage est que la victime a droit à la réparation intégrale du préjudice subi.[276] C'est effectivement la règle prévue au sein de la directive 2016/943 puisque l'article 14 stipule que :

> « 1. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes, à la demande de la partie lésée, ordonnent à un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires de verser au détenteur de secrets d'affaires des dommages et intérêts qui sont fonction du préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires. […] 2. Lorsqu'elles fixent le montant des dommages et intérêts visés au paragraphe 1, les autorités judiciaires compétentes prennent en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie

---

[272] *Non disclosure agreement*.
[273] J. HULL, « Protection des secrets d'affaires : comment relever le défi des "dispositions raisonnables ? " », OMPI (Octobre 2019), https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2019/05/article_0006.html (Date de dernière consultation : 27 avril 2024) ; B. VANBRABANT, «Taire, exploiter, trouver : le secret d'affaires saisi par le contrat » in Secrets d'affaires (sous la dir de P. CAMPOLINI et al.), 1ère éd, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 151.
[274] B. DEFFAINS, «Les modes alternatifs de réglement des litiges – analyse économique » *in Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution* (sous la dir. de P. CECCHI DIMEGLIO et B. BRENNEUR), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 63.
[275] J. CAPP, « Litiges d'ordre civil aux Etats-Unis et la pratique de la justice » (s.d.), https://avocats-usa.com/litiges-americaines-etats-unis/ (Date de dernière consultation : 27 avril 2024).
[276] D. DE CALLATAŸ, *Droit de la responsabilité civile*, Vol. 2, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 113.

> lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires. »[277]

Néanmoins, contrairement au régime américain qui octroie des dommages et intérêts punitifs en cas d'appropriation illicite délibérée et malicieuse, le droit européen ne permet pas de prendre en compte la faute commise par l'auteur du dommage dans l'évaluation du préjudice.[278] Dans ce cadre, bien que les dommages et intérêts soient évalués de manière assez large au sein de la directive européenne, ils ne peuvent être aussi élevés que ceux octroyés par les juges américains.

Le constat est alors le suivant : en droit européen, la victime, lorsqu'elle gagne le procès, ne gagne que ce à quoi elle a légitimement droit. Nous retrouvons cette philosophie très clairement inscrite dans la directive européenne puisqu'il est prévu que les autorités judiciaires puissent fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts « sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question ».[279] On peut donc en déduire que dans certains cas, le détenteur lésé pourrait récupérer uniquement la redevance initialement due. Un tel procès semble donc peu attractif puisque dans le meilleur des cas, il ne permettra de récupérer que ce à quoi le détenteur a légalement ou contractuellement droit.

§ 3 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires

Ces considérations ont nécessairement un impact sur le nombre de décisions rendues en matière de protection de secrets d'affaires. Nous l'avons vu, les juridictions judiciaires européennes ne sont pas particulièrement favorables aux victimes. Dans ce cadre, puisque les détenteurs de secrets sont conscients qu'un procès implique des coûts et du temps et que l'indemnité qu'ils peuvent espérer n'excédera que très rarement les montants légitimement dus, la voie judiciaire européenne semble peu attractive. Quel intérêt à intenter un procès dont le résultat escompté n'est dans tous les cas pas satisfaisant ? Dans ce contexte, les parties ont pris pour habitude de

[277] Art. 14, 1) et 2), Directive 2016/943/UE.
[278] *Cf.* « Partie 2 : Philosophies judiciaires des USA et de l'UE en matière de protection du secret d'affaires - Chapitre 2 : Contentieux judiciaire états-uniens en matière de secrets d'affaires ».
[279] Art. 14, 3), Directive 2016/943/UE.

régler de manière contractuelle les questions relatives à l'appropriation illicite des secrets d'affaires afin d'éviter cette justice incertaine et coûteuse.

Cette culture de la contractualisation trouve donc notamment son origine dans l'insatisfaction des victimes face au système judiciaire européen. Cette corrélation entre ces deux éléments impliquent alors un faible nombre de décisions rendues en la matière de secret d'affaires par les juridictions européennes.

Section 2 : La transparence du contentieux européen

§ 1 : L'intégrité judiciaire et le respect de celle-ci

L'intégrité judiciaire n'est pas un concept inconnu au sein de l'ordre judiciaire européen. Bien au contraire, un intérêt certain lui est porté puisqu'il est considéré que « l'indépendance, l'intégrité, l'impartialité, la réserve, la discrétion, la diligence, le respect et l'égalité de traitement, la compétence et la transparence sont les valeurs communes identifiées comme essentielles à la fonction judiciaire. »[280]

Tout comme les États-Unis l'ont fait avec leur Model Rules of Professional Conduct, l'intégrité judiciaire est également consacrée au sein des ordres juridiques nationaux européens. En effet, ce principe est présent au sein des codes de déontologie. A cet égard, nous pouvons citer un code de déontologie belge qui stipule notamment que l'avocat doit respecter un devoir de probité et est également tenu de contribuer à une bonne administration de la justice et au respect des règles et des autorités professionnelles.[281] Il en va de même dans le système juridique français lorsqu'en vertu de leur code de déontologie, il est prévu que « L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, d'égalité et de non-discrimination, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. ». [282]

[280] E.N.C.J., « Working group Judicial Ethics 2009-2010 » (s.d.), https://www.encj.eu/articles/82 (Date de dernière consultation : 29 avril 2024).
[281] Art. 1.2, code de déontologie de l'avocat - Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique, *M.B.*, 17 janvier 2013, p. 1835.
[282] Art.3, Décret n°2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats, *J.O.R.F.*, 2 juillet 2023, p. 2.

Grâce à ces deux exemples, nous voyons que les États membres de l'Union européenne accordent une certaine importance à l'intégrité judiciaire puisque ces codes de déontologie ont une force contraignante et doivent être respectés sous peine de sanction.

Mais la question se pose : les instances juridiques des États membres ont-elles réellement la capacité d'imposer le respect effectif de ces règles déontologiques ?

Afin de sanctionner les manquements aux règles reprises dans ces codes déontologiques, des poursuites et sanctions disciplinaires sont généralement prévues.[283] Ces procédures disciplinaires sont confiées aux bâtonniers[284], considérés par de nombreux barreaux comme les Chefs de l'Ordre.[285] Les auteurs confiants quant au rôle attribué aux bâtonniers les décrivent même comme les personnes tenant le gouvernail de notre société et exerçant une influence morale afin d'en protéger les droits.[286] Qu'en est-il vraiment de cette influence ? Ces procédures disciplinaires sont-elles aussi dissuasives que le pouvoir du *contempt of Court* attribué aux juges états-uniens ?

Cela semble discutable. Bien que les bâtonniers aient la possibilité d'imposer certaines mesures telles que le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer la profession ou encore la radiation, certains considèrent que les avocats bafouent leur déontologie sans être sanctionnés.[287] Afin de contrer cette affirmation, Monsieur PATRICK HENRY, ancien bâtonnier de 881 avocats du barreau de Liège, partage son expérience. Au cours des deux années durant lesquelles il a été bâtonnier, Monsieur HENRY a ouvert 55 procédures disciplinaires dont 24 ont débouché sur un non-lieu à poursuivre[288]. Ce nombre de procédures semble très faible lorsque nous le comparons

---

[283] En Belgique, l'article 1.5 du Code de déontologie prévoit que « *Toute atteinte portée par l'avocat à ces principes et aux obligations découlant du présent code constitue un manquement déontologique susceptible de faire l'objet de poursuites disciplinaires* ». En France, c'est le décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat qui règle la question en stipulant que « *Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184*. ».

[284] H. FONTAINE, « Le rôle du bâtonnier dans la profession d'avocat », *Archives de philosophie du droit*, 2022/1 (Tome 64), p. 342.

[285] Art. 31 du règlement du barreau du Brabant wallon, art. 13 du règlement de l'Ordre du barreau de Charleroi, Règlement du barreau d'Alès, Règlement du barreau de Lille, et bien d'autres encore.

[286] F.E. MOLLOT, *Règles sur la profession d'avocat*, n° 110. Paris, Joubert, 1842, p. 90 ; G. CRUYSMANS, « De la règle déontologique à sa mise en œuvre - Les pouvoirs du bâtonnier », *in La déontologie contre le droit* (sous la dir. de Y. Kevers), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 51.

[287] P. HENRY, « La discipline des avocats et des magistrats : faut-il la confier à une juridiction disciplinaire spécifique ? », Justice-en-ligne (11 octobre 2009), https://www.justice-en-ligne.be/La-discipline-des-avocats-et-des (date de dernière consultation : 29 avril 2024).

[288] *Ibid.*

à la philosophie états-unienne caractérisée par un respect des règles déontologiques strictes et des sanctions disciplinaires nombreuses. Certains voient dans ce chiffre un meilleur respect de la part des avocats européens des règles déontologiques. A l'inverse, d'autres traduiront la situation par une erreur de la part des États membres européens de faire dépendre la déontologie de la compétence des bâtonniers plutôt que de la police de l'audience. En effet, bien qu'il soit difficile de trouver des sources référencées apportant un regard critique sur le pouvoir de sanction des bâtonniers, les propos concordants de certains contacts informels nous permettent de supposer que les règles déontologiques sont moins respectées en Europe notamment en raison de la timidité des bâtonniers à imposer des sanctions en cas de manquement à la déontologie.

§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires

De manière générale, il n'est pas présomptueux de considérer que bon nombre de citoyens européens n'ont pas confiance en la justice.[289] Ils la voient généralement comme incertaine voire malhonnête pour certains. Cela peut notamment s'expliquer par le fait que les procédures disciplinaires des États membres européens connaissent certaines faiblesses ne permettant pas de toujours assurer intégrité judicaire comme maître mot au sein des juridictions.

Dans ce contexte de faible confiance, il semble illusoire de penser que les Européens puissent être tentés de confier leur contentieux dans les mains de l'ordre judiciaire. Cela se ressent tout particulièrement en matière de litiges concernant des appropriations illicites de secrets d'affaires. En effet, dans un contentieux si délicat que celui-ci et au regard de toutes les mesures de protection devant être mises en place afin de conserver le caractère secret durant la procédure judiciaire, la confiance semble être une condition *sine qua non* aux actions intentées en la matière.

Dans ce cadre, contrairement à la situation au sein de l'ordre judiciaire états-unien, l'incapacité du système européen à assurer continuellement un respect effectif des règles déontologiques au cours des procès constitue un élément justifiant le faible nombre de décisions rendues en matière de secret d'affaires.

---

[289] E. DENÈTRE, « Qui a confiance dans la justice en France (et en Europe) », La lettre du cadre (22 janvier 2024), https://www.lettreducadre.fr/article/qui-a-confiance-dans-la-justice-en-france-et-en-europe.54451 (Date de dernière consultation : 29 avril 2024).

Section 3 : Le rôle du contentieux administratif

Lorsque nous analysons les décisions rendues par les juridictions des différents États européens en matière de secret d'affaires, nous constatons que généralement leur nature est bien différente de celle des décisions rendues par les juridictions états-uniennes. En effet, il semble que cette question de protection des secrets d'affaires soit, en Europe, majoritairement traitée auprès des juridictions administratives et non judiciaires. Au travers de ce chapitre, nous tenterons de décrire brièvement le fonctionnement des contentieux administratifs des États membres de l'Union européenne afin d'analyser leur impact sur la jurisprudence en matière de secret d'affaires.

Nous précisions que, bien qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'harmonisation quant à l'organisation des juridictions administratives des différents États européens, certaines comparaisons restent possibles.[290] Nos propos seront alors basés sur les caractéristiques des systèmes administratifs partagées par la majorité des États membres européens.

§ 1 : Le contentieux administratif

Comme nous l'avons étudié pour le régime juridique états-unien, la question des secrets d'affaires peut également être traitée au sein des procédures administratives telles que les marchés publics par exemple. [291] A nouveau, dans ces procédures, la question ne sera donc pas de savoir si un secret d'affaires a illicitement été usurpé mais plutôt d'identifier ce secret afin de le protéger tout au long de la procédure. Notons que l'Union européenne accorde une certaine importance à ce droit au respect des secrets d'affaires et cela s'illustre par le fait que l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au droit des citoyens de l'Union à une bonne administration stipule que « ce droit comporte : […]– le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel, et des affaires ».[292]

[290] Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), *La justice administrative en Europe*, Paris, PUF, 2007, p. 19.
[291] C.E., 24 décembre 2020, n°249.332, *M.C.P.*, 2020, liv. 4, p. 792.
[292] Art. 41, §2, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n°2000/C 634/01 du 18 décembre 2000, J.O.C.E., 18 décembre 2000, C-364, p. 1.

Selon le droit des États membres européens, dans le cadre d'une procédure administrative, il est possible pour une des parties de contester la présence ou l'absence du régime de protection des secrets d'affaires. Néanmoins, contrairement à ce qui est prévu au sein de l'organisation juridictionnelle états-unienne, cette contestation ne se fera pas devant une juridiction judiciaire mais bien devant une instance supérieure administrative. [293] Ce contrôle juridictionnel de l'administration se justifie par un objectif commun, à savoir la garantie de l'État de droit.[294] L'attribution de ce contrôle à une instance administrative et non à un juge ordinaire judiciaire s'explique, quant à elle, par la nécessité d'affirmer le principe d'indépendance réciproque des autorités des États membres de l'Union européenne.[295]

Dans ce contexte, en Europe, le pouvoir administratif est plus amplement affirmé puisqu'il détient la compétence de trancher les conflits administratifs sans qu'une délégation auprès du pouvoir judiciaire ne soit prévue. A cet égard, l'organisation juridictionnelle européenne est distincte de celle prévue aux États-Unis puisque le pouvoir décisionnel de l'autorité administrative semble s'être consolidé au sein des instances juridiques des États membres.

§ 2 : Impact sur la jurisprudence en matière de protection des secrets d'affaires

Cette organisation juridictionnelle européenne a un impact certain sur la nature des décisions rendues en matière de secret d'affaires. En effet, la présence d'une instance administrative supérieure couplée au peu d'actions intentées auprès des juridictions judiciaires vues comme coûteuses implique que les décisions rendues par les instances juridictionnelles des États européens traitant des secrets d'affaires sont principalement de nature administrative. Les procès en cette matière sont donc plus généralement intentés, non pas dans un objectif d'indemnisation à la suite d'une appropriation illicite de secret d'affaires, mais dans l'optique de contester ou de requérir l'application du régime de protection des secrets dans le cadre d'une procédure administrative.

Cependant, ces décisions administratives ne contribuent pas forcément à établir des lignes directrices pour l'interprétation de ce régime que nous avons caractérisé de flou et d'ambigu.

---

[293] Cette instance équivaut, par exemple, au Conseil d'État en Belgique, au Conseil d'État en France ou encore au Verwaltungsgerichtshof (Conseil administratif supérieur) de chaque Land en Allemagne.
[294] Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), *La justice administrative en Europe*, *op. cit.*, p.16.
[295] F. DELPÉRÉE, « Le Conseil d'État a quarante ans », *Administration publique*, 2006, p.129.

En effet, face à ce droit au respect des secrets d'affaires que les Européens élèvent même en principe général de droit [296], la principale analyse réalisée dans ces décisions administratives est celle de la mise en balance entre les exigences du procès équitable et celles du secret d'affaires.[297] Dans ce cadre, bien que nous retrouvions un nombre relativement important de décisions administratives traitant des secrets d'affaires, celles-ci ne fournissent pas, contrairement aux décisions judiciaires états-uniennes, des propositions d'interprétation des notions vagues consacrées dans le régime juridique en la matière.

Conclusion sur la philosophie judiciaire européenne en matière de secret d'affaires

Cette justice peu favorable aux victimes, le bafouement des règles déontologiques faiblement sanctionné et l'organisation juridictionnelle européenne sont des facteurs susceptibles de justifier le faible nombre de jurisprudences en matière de protection des secrets d'affaires. Les instances judiciaires cèdent alors leur place à la culture contractuelle afin de régler ces questions d'appropriation illicite des secrets d'affaires. En outre, les juridictions administratives, bien qu'elles soient davantage sollicitées afin de se prononcer en matière de secrets d'affaires, ne semblent pas vouloir se lancer dans cet exercice complexe d'interprétation de ces notions. Dans ce contexte, il reste assez illusoire de se baser sur la jurisprudence européenne afin de donner une interprétation aux notions consacrées dans le régime juridique des secrets d'affaires.

La frilosité des instances de l'Union européenne à interpréter la notion de secret d'affaires semble regrettable face à un régime juridique que nous avons qualifié d'incertain et sujet à de nombreuses discussions. En effet, vu les concepts flous repris dans les régimes juridiques organisant la protection des secrets d'affaires, l'interprétation des juridictions se présentait comme une nécessité afin d'éviter l'imprévisibilité en la matière.[298] Néanmoins, la situation semble difficile à améliorer. Seul un détenteur lésé courageux intenterait une action qui ne lui rapporterait, dans le meilleur des cas, que ce à quoi il a légitimement droit, alors que le régime

[296] P.O. DE BROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », *R.D.C. T.B.H.,* 2007, p.554.
[297] C.E., 27 mars 2023, n°256.147, *M.C.P.,* 2023, liv.3, p.377 ; C.E., 11 décembre 2019, n°246.374 et 246.375, M.C.P., liv.3, 2020, pp.528-529 ; C.E. fr., 20 décembre 2023, n°469075, disponible sur https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb
[298] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 2 : Examen du cadre légal de la Directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (EU-TSD) - Conclusion de l'analyse du régime juridique des secrets d'affaires de la directive européenne 2016/943 ».

des secrets d'affaires ne lui fournit aucune certitude quant à la tournure que pourrait prendre le procès. Cette situation d'incertitude ne présage que peu de procès en la matière qui, en l'absence d'interprétation, restera ambiguë.

Conclusion partielle

Il résulte donc de cette analyse qu'un même droit n'implique pas une même application de celui-ci. Malgré des régimes juridiques européen et états-unien en matière de secret d'affaires particulièrement semblables, la gestion des conflits diffère totalement dans ces deux régions du monde. Cette distinction n'est pas le fruit du hasard puisqu'elle trouve en fait son origine dans des philosophies judiciaires pratiquement opposées.

En effet, face aux cadres légaux des secrets d'affaires décrits comme ambigus et discutables, les philosophies judiciaires européenne et états-unienne induisent deux manières totalement opposées de réagir. Les Américains, dans une optique de s'enrichir là où une opportunité se présente, ont fait le choix d'intenter bon nombre de procès. Ils y voient la possibilité de jouer sur l'incertitude qui qualifie le régime des secrets d'affaires afin de se faire verser des montants exorbitants bien que, dans certains cas, ceux-ci soient peu justifiés. Cette culture du litige bien ancrée aux États-Unis, et renforcée par une confiance en une justice honnête, tend à favoriser l'interprétation des notions restées floues. Néanmoins, les États-Unis doivent se montrer prudents afin de ne pas utiliser la justice de manière excessive et démesurée. A l'inverse, les Européens sont frileux et tentent de surmonter l'incertitude du régime des secrets d'affaires en instaurant une culture contractuelle en la matière. Pourtant, il serait profitable que les juridictions européennes, administratives ou judiciaires, apportent leur pierre à l'édifice dans la clarification d'un régime appliqué internationalement. Néanmoins, afin de donner aux instances l'opportunité d'interpréter, il semble indispensable de rétablir la confiance légèrement ébranlée des Européens lésés envers la justice.

Conclusion finale

Le développement international de régimes juridiques de protection des secrets d'affaires représente naturellement un avantage substantiel pour les entreprises. En leur assurant une protection de leurs informations confidentielles, les auteurs des réglementations ont permis de stimuler l'innovation et ont tenté d'éviter des charges excessives pour ces entreprises.[299] La protection d'avantages compétitifs tels que des secrets d'affaires est une nécessité si l'on veut assurer une économie concurrentielle et loyale.[300]

Cependant, ce travail nous a permis de relever que ces cadres légaux bien qu'ils semblent essentiels à notre économie, présentent certaines faiblesses.[301] En raison du choix des auteurs de la directive européenne 2016/943 et de l'accord sur les ADPIC de se référer à la définition reprise au sein de l'acte américain (l'UTSA), les régimes juridiques des secrets d'affaires appliqués dans une large partie du monde présentent de grandes incertitudes quant à leur interprétation. Cela se justifie notamment par le fait que le régime juridique états-unien présentait, dès 1979, des incertitudes et des problèmes d'interprétation[302]. Dans ce contexte, bien que l'objectif des trois actes étudiés soit principalement d'harmoniser le régime des secrets d'affaires au sein des États, il résulte de ces actes que de grandes disparités persistent encore en la matière et que des réformes semblent devenir indispensables.

Ce travail nous a amené à adopter un regard critique face aux comportements des auteurs des actes législatifs étudiés. En décidant d'utiliser telle quelle la définition du régime juridique états-unien des secrets d'affaires, les auteurs semblent ne pas avoir voulu innover et ont simplement transféré le fardeau de l'interprétation des notions aux juges.[303] Leur objectif d'uniformisation semblait alors utopique et même hypocrite puisqu'avec ce même régime, les

---

[299] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 2 : Examen du cadre légal de la Directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (EU-TSD) - Section 2 : Caractéristiques du régime du secrets d'affaires dans la directive 2016/943 ».

[300] Autorité de la concurrence, « Les vertus de la concurrence » (6 septembre 2019), https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence (Date de dernière consultation : 2 mai 2024).

[301] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Conclusion partielle ».

[302] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 2 : Les principaux éléments de la définition du secret d'affaires ».

[303] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 2 : Examen du cadre légal de la Directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (EU-TSD) - Conclusion de l'analyse du régime juridique des secrets d'affaires de la directive européenne 2016/943 ».

États-Unis avaient déjà échoué dans leur tentative d'harmonisation au sein des États.[304] Une attention particulière devra alors être portée à l'application internationale de ce régime puisque la large marge d'appréciation laissée aux juges pourrait potentiellement mener à de l'arbitraire et même à certaines discriminations entre les détenteurs lésés. Il convient en effet de considérer que les juges, en fonction des circonstances et/ou des usages des États et des régions, n'appliqueront pas de manière identique le régime juridique prévu.

En outre, cette incertitude caractérisant les cadres légaux des secrets d'affaires donne lieu à certains risques en matière d'appropriation illicite des secrets. Certains individus ou entreprises malveillants pourraient tirer un avantage de ce flou juridique pour tenter de voler ou d'exploiter des informations confidentielles en profitant de l'incertitude de la qualification ultérieure de l'information comme secret d'affaires. Ceci pourrait donc expliquer que des cas d'appropriation illicite ou d'espionnage existent encore malgré une réglementation largement partagée dans le monde.[305]

Par ailleurs, l'analyse de ces régimes juridiques de l'UTSA, de l'EU-TSD et de l'accord sur les ADPIC nous ont permis de dégager les philosophies judiciaires caractérisant les sociétés européennes et américaines.[306] Nous aurions pu nous attendre à ce qu'avec des régimes juridiques quasiment à l'identique, les jurisprudences soient très similaires en Europe et aux États-Unis. Cependant, c'est bien la situation inverse que nous avons relevée. Contrairement aux nombreuses décisions et interprétations rendues aux États-Unis en matière de secret d'affaires, les détenteurs sont, en Europe, aussi frileux d'intenter des procès que les juges ne sont timides d'interpréter les notions du régime.[307]

Face à ce constat, il semblerait intéressant que l'Union européenne, dans la suite logique de son inspiration législative, puise dans les jurisprudences états-uniennes afin de donner certaines lignes directrices au régime des secrets d'affaires. En effet, bien que la société européenne ne soit pas qualifiée de procédurière, il n'en reste pas moins qu'une clarification du régime doit être effectuée afin d'éviter tout flou juridique et donc toute tentative d'appropriation illicite de

[304] *Cf.* « Partie 1 : Les cadres légaux internationaux en matière de secrets d'affaires – Chapitre 1 : présentation de l'UTSA - Section 1 : Origine et adoption - § 2 : Le secret d'affaires sous l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA) ».
[305] *Cf.* « Introduction ».
[306] *Cf.* « Partie 2 : Philosophies judiciaires des USA et de l'UE en matière de protection du secret d'affaires ».
[307] *Cf.* « Partie 2 : Philosophies judiciaires des USA et de l'UE en matière de protection du secret d'affaires - Chapitre 2 : Contentieux judiciaire européen en matière de secrets d'affaires ».

secret. Dans ce cadre, le degré de ressemblance des régimes juridiques pourrait favoriser l'inspiration des États européens dans la jurisprudence états-unienne bien étoffée. Néanmoins, le plus délicat reste de réussir à inciter les juges des États membres de l'Union européenne à se référer à de la jurisprudence étrangère.

L'intérêt grandissant accordé à cette question de la protection des secrets d'affaires et le cadre légal théorique complexe et incertain attirent maintenant notre attention vers les conséquences pratiques en la matière. Bien que le régime juridique mis en place réponde théoriquement à une nécessité de réglementation, il convient d'analyser comment les entreprises réagissent ces derniers temps face à ce régime. Il est en effet possible que la culture contractuelle, déjà largement ancrée en Europe, se développe de manière substantielle. Dans ce contexte, il semble intéressant de comprendre l'importance des règles théoriques et leur articulation avec les réflexes pratiques des entreprises voulant protéger leurs informations confidentielles. Les réflexions économiques d'un gestionnaire visant le bénéfice et d'un juriste recherchant la protection juridique devront être menées de concert afin d'allier la rentabilité et la protection. L'exhaustivité de cette étude ne sera donc atteinte qu'après la rédaction d'un second mémoire analysant la question de protection des secrets d'affaires sous un angle pratique.

To be continued...

Bibliographie

1. Législation

Droit romain

Digeste, 11.3.

Internationale

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994.

International Bar Association, *International Principles on Conduct fort he Legal Profession,* pt. 2, 2011.

Européenne

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n°2000/C 634/01 du 18 décembre 2000, J.O.C.E., 18 décembre 2000, C-364, p.1.

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E*, 30 avril 2004, L. 157/45.

Directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret d'affaires), contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, 15 juin 2016, L. 157/1.

Conseil européen, proposition 9870/14 du 19 mai 2014.

Belge

Code judiciaire, *M.B.*, 31 octobre 1976, p.11360.

Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

Code de déontologie de l'avocat - Ordre des Barreaux Francophones et germanophone de Belgique, *M.B.*, 17 janvier 2013, p.1835.

Code de droit économique, *M.B*., 29 mars 2013, p.19975.

Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B*., 14 août 2018, p. 64584.

Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, *Doc. Parl.*, Chambre, 12 juin 2018, doc. n°54 3154/001, p.30.

Française

Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, J.O.R.F, 28 novembre 1991, p.15503.

Décret n°2023-552 du 30 juin 2023 portant Code de déontologie des avocats, *J.O.R.F*., 2 juillet 2023, p.2.

Allemande

German Reichsgericht (Zivilsenat), 22.11.1935, Stiefeleisenpresse, II 128/35, RGZ 149, 329,GRUR 1936, 183, pp. 332-333.

Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18 April 2019 (BGB1. I S. 466).

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist.

Etats-unienne

American Law Institute, *Restatment (First) of Torts*, 1939.

79th United Congress, *Administrative procedure Act (APA),* 1946 (1996).

United States Congress, *United States Code*, 1948.

Committee on Codes of Conduct, *Code of Conduct for United States Judges*, Vol. 2, Canon 1, 1973 (2019).

American Law Institute, *Restatment (Second) of Torts*, 1979.

U.S. Uniform Law Commission, *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, 1979 (1985).

American Bar Association, *Model Code of Professional Responsibility*, Preliminary Statement, note 9, 1981.

American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, Rule 3.3. (1), (2), 1983 (2020).

U.S. Federal Government, *Economic Espionage Act of 1996 (EEA)*, 18 USC §1831-1839, Pub.L. 104–294, 110 Stat. 3488, 11.10.1996.

U.S. Congress, *Theft of Trade Secrets Clarification Act*, Pub L No. 112-236, 126 Stat 1627 2012.

U.S. Congress, *Defend Trade Secrets Act of 2016 (DTSA)*,18 USC §1836, Pub.L. 114-153, 130 Stat. 376.

2. Jurisprudence

Européenne

C.J.U.E., 10 septembre 2013, *Pilkington Group Ltd*., C-278/13, ECLI : EU : C : 2013 : 558, points 42 et 49.

C.J.U.E., 28 novembre 2013, *EMA c. Abbvie*, C-389/13, ECLI : EU : C : 2013 : 794, point 42.

Belge

Trib. entr. Anvers (18e ch.), 9 mai 2019, *Ing.-Cons*., 2019/4, p.847-867.

C.E., 11 décembre 2019, n°246.374 et 246.375, M.C.P., liv.3, 2020, pp.528-529.

C.E., 24 décembre 2020, n°249.332, *M.C.P*., 2020, liv. 4, p.792.

C.E., 27 mars 2023, n°256.147, *M.C.P.,* 2023, liv.3, p.377.

Française

C.E. fr., 20 décembre 2023, n°469075, disponible sur https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb

Allemande

Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 3 juin 2020, n012 SaGa 4/20.

Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 mars 2021, n°15 U 6/20.

Oberlandesgericht Schleswig, 28 avril 2022, 6 U 39/21.

Etats-Unienne

Federal Supreme Court

KEWANE OIL CO. V. BICRON CORP., 416 U.S. 470, 476 (1974).

States Supreme Courts

VICKERY V. WELCH, 36 Mass. (19 Pick) 523 (1837).

EASTMAN CO. V. REICHENBACH, 20 N.Y.S. 110 (1892).

ELATERITE PAINT & MFG. CO. V. S.E. FROST CO., 117 N.W. 388 (1908).

MANN V. TATGE CHEMICAL CO., 201 Kan. 326, 440 P. 2d 640 (1968).

J.T. HEALY & SON &, INC. V. JAMES A. MURPHY & SON, INC., 260 N.E. 2d 723, 730 (Mass. 1970).

ILG INDUSTRIES, INC. V. SCOTT, 49 Ill. 2d 88, 273 N.E.2d 393 (1971).

VALCO CINCINNATI, INC. V. N & D MACHINING SERV., Inc., 492 N.E.2d 814 (1986).

OLSON V. NIEMAN'S LTD, 579 N.W. 2d 299, 314 (Iowa 1998).

Superior Courts

TAIDOC TECH. CORP. V. OK BIOTECH CO., No. 12 CVS 20909 (N.C. Super. Ct. 2016).

Courts of Appeal

DIODES, INC. V. FRANZEN, 260 Cal. App. 2d 244 (1968).

CARL FRANCISCO INV. CORP. V. VRIONIS, 14 Cal. App. 3d 318, (1971).

ELECTRO-CRAFT CORP. V. CONTROLLED MOTION, INC., 332 N.W.2d 890, 901 (S. Ct. Minn. 1983).

GILLIS ASSOC. INDUS. V. CARI-ALL, INC., 206 III. App. 3d 184, 564 N.E.2d 881 (III. App. Ct. 1990).

ELMER MILLER, INC. V. LANDIS, 253 Ill. App. 3d 129, 625 N.E.2d 338 (Ill. App. Ct. 1993).

JACKSON V. HAMMER, 274 Ill. App. 3d 59, 653 N.E.2d 809 (Ill. App. Ct. 1995).

ELM CITY CHEESE CO. V. FEDERICO, 251 Conn. 59, 752 A.2d 1037 (Conn. 1999).

T.J. THEISEN V. INVENTIVE CONSULTING, LLC, No. 352952 (Mich. Ct. App. 2021).

Circuit Courts

E.I. DUPONT DENEMOURS & COMPANY V. CHRISTOPHER, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970).

NORTHERN PETROCHEMICAL CO. V. TOMLISON, 484 F. 2d 1057 (7th Cir.1973).

LEAR SIEGLER INC. V. ARK-ELL SPRINGS INC., 569 F. 2d 286, 288-9 (5th Cir. 1978).

CHICAGO LOCK CO. V. FANBERG, 676 F. 2d 400 (9th Cir. 1982).

SURGIDEV CORPORATION V. EYE TECHNOLOGY, INC., 828 F.2d 452, 455 (8th Cir. 1987).

ROCKWELL GRAPHICS SYSTEMS, INC. V. DEV INDUSTRIES, INC., 925 F.2d 174, 178-179 (7th Cir. 1991).

PIONEER HI-BRED V. HOLDEN FOUNDATION SEEDS, 35 F.3d 1226 (8th Cir 1994).

REINGOLD V. SWIFTSHIPS, INC., 126 F. 3d 645 (5th Cir. 1997).

DTM RSCH., LLC V. AT&T CORP., 245 F.3d 327, 332 (4th Circ. 2001).

LEARNING CURVE TOYS, INC. V. PLAYWOOD TOYS, 342 F. 3d 714 (7th Cir. 2003).

BONDPRO CORP. V. SIEMENS POWER GEN., INC., 463 F.3d 702, 708 (7th Cir. 2006).

APPIAN CORP. V. PEGASYSTEMS INC., n°2020-07216, (Va. Cir. Ct. Fairfax Cty 2022).

District Courts

JOHN-MANVILLE CORP. V. GUARDIAN INDUS CORP., 586 F. Supp. 1034, 1074 (E.D. Mich. 1983).

STELLA LIEBECK V. MCDONALD'S RESTAURANTS, No. CV 93 02419, (Bernalillo County, N.M. Dist. 1994).

MOTOR CITY BAGELS, L.L.C. V. AMERICAN BAGEL CO., 50 F. Supp. 2d 460, 480 (D. Md. 1999).

PENALTY KICK MANAGEMENT LTD. V. COCA-COLA CO., 164 F. Supp. 2d 1376 (N.D. Ga. 2001).

BDT PRODUCTS, INC. V. LEXMARK INTERNATIONAL, INC., 274 F. Supp. 2d 880 (E.D. Ky. 2003).

MICROSTRATEGY, INC. V. BUSINESS OBJECTS SA, 331 F. Supp. 2d 396, 417 (E.D. Va. 2004).

PYRO SPECTACULARS, INC. V. SOUZA, 861 F. Supp. 2d 1079 (E.D. Cal. 2012).

FUJITSU LTD. V. TELLABS OPERATIONS, INC., No. 12 C 3229 (N.D. Ill. 2013).

BLADEROOM GRP. LTD. V. FACEBOOK, Inc., 219 F. Supp. 3d 984 (N.D. Cal. 2017).

WANG V. GOLF TAILOR, LLC, Case No. 17-cv-00898-LB (N.D. Cal. 2017).

FREEDOM MED. INC. V. WHITMAN, 343 F. Supp. 3d 509 (E.D. Pa. 2018).

DANAHER CORP. V. GARDNER DENVER, INC., Case No. 19-CV-1794-JPS (E.D. Wis. 2020).

MOTOROLA SOLUTIONS, INC. V. HYTERA COMMUNICATIONS CORP. LTD., No. 1:17-cv-01973 (N.D. Ill. 2020).

PROVIDENCE TITLE CO. V. TRULY TITLE CO., 547 F. Supp. 3d 585, 611 (E.D. Tex. 2021).

EPIC SYSTEMS CORP. V. TATA CONSULTANCY SVCS., LTD., No. 14-cv-748 (W.D. Wisc. 2022).

N. MISS. MED. CTR. V. QUARTIZ TECHS., 1:23-CV-3-CWR-LGI (N.D. Miss. 2023).

POLARIS INDUS. V. MANGUM, 23-cv-00614-SRN-LIB (D. Minn. 2023).

KOCH ACTON, INC. V. KOLLER, Civil Action 21-10374-FDS (D. Mass. 2024).

3. Doctrine

ALLEMEERSCH B., « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », *in Zakengeheim* (sous la dir. De B. TILLEMAN), Bruges, La Charte, 2012.

ALMELING D.S., *Four reasons to enact a federal Trade Secrets Act*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 76911, 2009.

ATREYA Y., « International Framework for the Protection of Trade Secrets », *I.J.C.R.T.,* vol. 11, 2023.

BAYERN S.J., « Explaining the American Norm Against Litigation », *93 Cal. L. Rev. 1967*, 2005.

BERNITZ U., HEIDE-JØRGENSEN C., « Unfair Competition Law: How Can It Work as an Important Complement to Intellectual Property Protection. Are There Missing Links? » *in Marketing and Advertising Law in a Process of Harmonisation*, United Kingdom, Bloomsbury Publishing plc, 2017, pp. 221–232.

BEAUCHAMP K., « The failures of federalizing trade secrets: why the Defend Trade secrets Act of 2016 should preempt state law », *Miss. Law J.*, 86:1031, 2017.

BLOOM R.M., « Judicial Integrity: A Call for Its Re-Emergence in the Adjudication of Criminal Cases », *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.84, Issue 3, 1973. Disponible à : https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/judicial-integrity-call-its-re-emergence-adjudication-criminal

BONE R., « Trade Secrecy, Innovation, and the Requirement of Reasonable Secrecy Precautions », *in The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research* (R. DREYFUSS, K. STRANDBERG, eds.), Edward Elgar Press, 2011.

CAMBEAU J., « Protection of Undisclosed Information » , *in Intellectual Property and International Trade*, Paris, International Chamber of Commerce, 1996.

CASSIERS V., « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge » in *Droit de la propriété intellectuelle* (sous la dir. de N. BERTHOLD), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2019.

CASSIERS V., « Les notions clés du régime de protection des secrets d'affaires », *in Secrets d'affaires* (sous la dir. de P. CAMPOLINI et al.), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2020.

CHAPMAN J.C., O'HARA P.G., SLABY D.W., *Trade Secret Protection: An Analysis of the Concept Efforts Reasonable Under the Circumstances to Maintain Secrecy*, Santa Clara High Technology L.J., 1989.

CHRÉTIEN F., LE BAS C., « Les ADPIC : ce qu'ils disent réellement et leurs conséquences possibles pour les transferts internationaux de technologies *», in Développements récents en*

économie et finances internationales (sous la dir. de L. ABDELMALKI et al.), Paris, Armand Colin, 2012.

CONUS A., *La conciliation judiciaire*, Condé sur Noireau, L'Harmattan, 2020.

CORREA C., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights : A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, New York, 2nd ed., 2020.

COTTIER T., « The Prospects for Intellectual property in GATT », *Common Market Law Review*, 1991.

CRUYSMANS G., « De la règle déontologique à sa mise en œuvre - Les pouvoirs du bâtonnier », *in La déontologie contre le droit* (sous la dir. de Y. Kevers), Bruxelles, Larcier, 2018.

CUSTOS D., « Droits administratifs américain et français : Sources et Procédures », *R.I.D.C.*, 2007.

DE BROUX P.O., « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », *R.D.C. T.B.H.,* 2007.

DE CALLATAŸ D., *Droit de la responsabilité civile*, Vol. 2, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2023.

DE CARVALHO N.P., *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2008.

DEFFAINS B., «Les modes alternatifs de réglement des litiges – analyse économique » *in Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution* (sous la dir. de P. CECCHI DIMEGLIO et B. BRENNEUR), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2015.

DELPÉRÉE F., « Le Conseil d'État a quarante ans », *Administration publique*, 2006.

DENICOLA R., "The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law" *in The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research* (R. DREYFUSS, K. STRANDBERG, eds.), Edward Elgar Press, 2011.

DESAUNETTES-BARBERO L., *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding*, Munich Studies on innovation and Competition, vol.19, Springer, 2023.

DESSEMONTET F., « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en*

l'honneur du professeur Charles-André Junod (sous la dir. de B. KNAPP et X. OBERSON), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997.

DESSIN C.L., « Civil Procedure – Federal District Courts Have Inherent Power to Sanction Attorneys for Abuse of the Judicial Process », *31 Vill. L. Rev. 1073*, 1986.

DOLE R.F., « Identifying the trade secrets at issue in litigation under the uniform trade secrets act and the federal defend trade secrets act », *Santa Clara High Technology Law Journal, 33*(4), 2017.

FLINT D., « Don't Tell Anyone : The European Union Trade Secret Secrets Directive », *Business Law Review*, vol. 37, issue 6, 2016.

FONTAINE H., « Le rôle du bâtonnier dans la profession d'avocat », *Archives de philosophie du droit*, 2022/1 (Tome 64).

FOX B., *Tripping Over the EU Trade Secret Directive: "Reasonable Steps" to Get Back on Track*, Vol. 19, *Chi.- Kent J. Intell. Prop.*, 2020.

GALANTER M., « Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society », *31 UCLA L. Rev. 4, 6 & n.4*, 1983.

GERVAIS D., *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, n° 2.335, 2008.

GETTINGS S., « Burbank Grease Services, LLC v. Sokolowski: Frustrating Uniformity in Trade Secret Law.», *Berkeley Technology Law Journal* 22, no. 1, 2007.

GOLDMAN E., « The defend Trade Secrets Act isn't an "intellectual property" law », *Santa Clara high technology law journal*, vol. 33, 2017.

GONTHIER E. et VASTMANS M., « Le secret d'affaires : un char à l'assaut de la transparence administrative, de la motivation formelle des actes administratifs et du principe du contradictoire ? », *Adm. Publ.*, 2010/3, pp. 339-347.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., « Secrets d'affaires : l'urgente nécessité d'adopter une directive face à l'inefficacité de l'application de l'accord sur les ADPIC », *R.D.U.E.*, 2015/3.

GRAVES T.C., «Trade secrecy and common law confidentiality: the problem of multiple regimes », *in The Law and Theory of Trade Secrecy*, (DREYFUSS and STRANDBURG), Cheltenham, 2011.

GREER C.S., « Expanding the Judicial Power of the Administrative Law Judge to Establish Efficiency and Fairness in Administrative Adjudication », *27 U. Rich. L. Rev. 103*, 1992.

GUERNSEY S., JOHN K., LITOV L.P., « Actively Keeping Secrets From Creditors: Evidence From the Uniform Trade Secrets Act », *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2022.

HENNINGER T., « The TRIPS Agreement and its protection of undisclosed information Impact on distribution networks from and international, European and US perspective », *in Commercial distribution / La distribution commerciale / Commerciele distributie* (sous la dir. de P. DEMOLIN et al.), 1st ed., Bruxelles, Larcier, 2014.

HENRY C., « Développement durable et propriété intellectuelle : Comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre des ADPIC ? », *IDDRI*, n°03/2005, 2005.

House of representatives, Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet, Committee on the Judiciary, *Trade secrets : promoting and Protecting American Innovation competitiveness and market access in Foreign markets*, Washington, U.S. Government printing Office, 2014.

HRDY C., « The Value in Secrecy», *91 Fordham L. Rev*. 557, 2022.

KHOURY A.H., *The Case Against the Protection of Negative Trade Secrets: Sisyphus' Entrepreneurship*, 54 IDEA 431, 2014, pp. 467-75.

LALLEMENT R., « Propriété intellectuelle, innovation et développement des PME en France », *La revue de l'Ires*, 2009/3, n°62.

LEMLEY M., « The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights », *Stanford Law Review*, 2008, 61(2).

LIPPOLDT D., SCHULTZ M., « Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper », *OECD Trade Policy Papers*, No. 162, 2014.

MALHERBE O., DERIJCKE W., « « Vous me copierez cent fois... », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *J.T.*, n°6836, 2020.

MEADE T., « Indecision The Need To Reform The Reasonable secrecy Precautions Requirement Under Trade Secret Law », *S. Ill. ULJ*, 2012, 37(3).

MOLLOT F.E., *Règles sur la profession d'avocat*, n° 110. Paris, Joubert, 1842.

NASHKOVA S., « Defining Trade Secrets in the United States: past and Present Challenges – A way Forward? », *IIC* 54, 2023. Disponible à : https://doi.org/10.1007/s40319-023-01310-1

NIEBEL R., DE MARTINIS L., CLARK B., « The EU Trade Secrets Directive: all change for trade secret protection in Europe ? », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, n°6.

Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), *La justice administrative en Europe*, Paris, PUF, 2007.

PIPER J., « I have a Secret ? Applying the Uniform Trade Secrets Act to Confidential Information That Does Not Rise to the Level of Trade secret Status », *12 Marq. Intellectual property L. rev*., 2008.

POOLEY J.,WESTMAN D., *Trade Secrets*, Law Journal Seminars-Press, New-York, 1997 (2002), §4.04 [2].

POOLEY J., *Secrets : Managing Information Assets in the Age of Cyberespionage*, Versus Press, 2015.

POOLEY J., « The myth of the trade secret troll : why the Defend Trade Secrets Act improves the protection of commercial information», *George Mason maw rev*, 23 (4):1045, 2016.

POOLEY J., GREEN D. et al., « Understanding the Defend Trade Secrets Act: the federalization of trade secrecy", *Loyola Los Angel Law Rev,* 50:331, 2017.

RISCH M., « Reinventing Usefulness », *BYU L. Rev. 1195*, 2010.

ROLAND H. et BOYER L., *Adages du Droit Français*, 3ème éd., Paris, Litec.

ROWE E., SANDEEN S., *Trade Secret Law: Cases and Materials*, 2nd edn., West Academic Publishing, 2017.

RUELLE P., « The Defend Trade Secrets Acts : why interpreting the new law on its own terms promotes uniformity », *Marquette Intellect. Prop. Law Rev*., 21:249, 2017.

SCHILLER A., « Trade Secrets and the Roman Law; the Action Servi Corrupti », *Columbia Law Review*, vol. 30, n°6, 1930.

STRAUSS P., « An introduction to administrative justice in the United States », *Carolina Academic press*, 2002.

STROWEL A., CASSIERS V., « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », *in Le secret*, Limal, Anthémis, 2017.

STROWEL A., CASSIERS V., « La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires et ses interactions avec les droits intellectuels », *in Actualités en droits intellectuels. L'intérêt de la comparaison* (sous la dir. de B. DOCQUIR), Bruylant, 2014.

STROWEL A., « Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *in L'entreprise et le secret* (sous la dir. de S. GILSON et V. CASSIERS), Bruxelles, 2014, Larcier, pp. 9-35.

THIEFFRY P., « Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis », *in Revue internationale de droit comparé*, Vol. 36, n°4, 1984.

TURNER S., « The Protection of Trade Secrets: The Legal Framework in the UE », *in La protection des secrets d'affaires = The Protection of Trade Secrets* (sous la dir. de J. DE WERRA), Genève, Schulthess, 2013.

United States Congress Senate Committee on the Judiciary, *Economic espionage and trade secret theft: are our laws adequate for today's threats?: hearing before the Committee on the Judiciary, United States Senate, One Hundred Thirteenth Congress, second session, May 13, 2014*, Washington, U.S. Government Publishing Office, 2016.

VANBRABANT B., «Taire, exploiter, trouver : le secret d'affaires saisi par le contrat » in Secrets d'affaires (sous la dir de P. CAMPOLINI et al.), 1ère éd, Bruxelles, Larcier, 2020.

VAN CAENEGEM W., *Trade Secrets and Interllectual Property : Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2014.

WARUSFEL B., « Les enjeux juridiques et politiques de la protection des secrets d'affaires », *in La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes*, Paris, 2017. Disponible à : https://univ-paris8.hal.science/hal-01891252/document.

WEAR D.L., *A Balanced Approach to Employer-Employee Trade Secrets Disputes in California*, 31 Hastings L.J. 671, 1980.

Sources électroniques

Autorité de la concurrence, « Les vertus de la concurrence » (6 septembre 2019), https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence (Date de dernière consultation : 2 mai 2024).

BENAZET P., « "Chinigate" au Parlement européen : Bruxelles, un nid d'espions ? », RFI (3 mai 2024), https://www.rfi.fr/fr/europe/20240503-chinagate-au-parlement-européen-bruxelles-un-nid-à-espions (Date de dernière consultation : 6 mai 2024).

DENÈTRE E., « Qui a confiance dans la justice en France (et en Europe) », La lettre du cadre (22 janvier 2024), https://www.lettreducadre.fr/article/qui-a-confiance-dans-la-justice-en-france-et-en-europe.54451 (Date de dernière consultation : 29 avril 2024).

E.N.C.J., « Working group Judicial Ethics 2009-2010 » (s.d.), https://www.encj.eu/articles/82 (Date de dernière consultation : 29 avril 2024).

E.U.I.P.O., « Trade Secrets Litigation Trends in the EU » (Juin 2023), https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2023_Trade_Secrets_Litigation_Trends_in_the_EU/2023_Trade_Secrets_Litigation_Trends_Study_FullR_en.pdf (Date de dernière consultation : 6 mai 2024).

EUR-LEX, « OMC : accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », 2017, https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/wto-agreement-on-trade-related-aspects-of-intellectual-property.html (Date de dernière consultation : 1er mars 2024).

FRIEDMAN L.M., « Les Etats-Unis sont-ils la « partie » des contentieux ? – Jusqu'où ira la judiciarisation de la société ? », Constructif (février 2005), http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/les-etats-unis-sont-ils-la-«patrie»-des-contentieux.html?item_id=2624 (Date de dernière consultation : 17 avril 2024).

FRISON-ROCHE M. A., « L'escalade des dommages et intérêts punitifs stoppée par la Cour suprême des Etats-Unis », Les Echos (25 avril 2003), https://www.lesechos.fr/2003/04/lescalade-des-dommages-et-interets-punitifs-stoppee-par-la-cour-supreme-des-etats-unis-664570 (Date de dernière consultation : 18 avril 2024).

GAFFNEY J.M., « Judicial Review Under the Administrative Procedure Act », Congressional Research Service (December 8, 2020), https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-

08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490db815f7558.pdf (Date de dernière consultation : 21 avril 2024).

HENRY P., « La discipline des avocats et des magistrats : faut-il la confier à une juridiction disciplinaire spécifique ? », Justice-en-ligne (11 octobre 2009), https://www.justice-en-ligne.be/La-discipline-des-avocats-et-des (date de dernière consultation : 29 avril 2024).

HERBECQ J.F., « Le scandale d'espionnage qui secoue l'Autriche, mettant à nu les réseaux secrets russes en Europe », RTBF (10 avril 2024), https://www.rtbf.be/article/le-scandale-d-espionnage-qui-secoue-l-autriche-mettant-a-nu-les-reseaux-secrets-russes-en-europe-11357046 (Date de dernière consultation : 6 mai 2024).

HULL J., « Protection des secrets d'affaires : comment relever le défi des "dispositions raisonnables ? " », OMPI (Octobre 2019), https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2019/05/article_0006.html (Date de dernière consultation : 27 avril 2024).

KROPP J.A., «What are "reasonable measures for protecting trade secrets" ? », Taylor Wessing (June 15 2022), https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2022/06/reasonable-measures-for-protecting-trade-secrets (Date de dernière consultation : 7 avril 2024).

Legal Information Institute, « Administrative law judge (ALJ) » (s.d.), https://www.law.cornell.edu/wex/administrative_law_judge_(alj) (Date de dernière consultation : 22 avril 2024).

OMC., « Module VII : Renseignements non divulgués, Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles » (s.d.), p. 114, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules7_f.pdf (Date de dernière consultation : 7 mars 2024).

OMPI, « Incidences de l'accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI » (2011), n°464 (F), p. 59, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/464/wipo_pub_464.pdf (Date de dernière consultation : 8 mars 2024).

OMPI, « Secrets d'affaires : Qu'est-ce qu'un secret d'affaires ? » (s.d.), https://www.wipo.int/tradesecrets/fr/# (Date de dernière consultation : 6 mars 2024).

PONCET C., « La faute que la culture juridique américaine ne pardonne pas », Le Temps (19 juillet 1999), https://www.letemps.ch/opinions/charles-poncet-faute-culture-juridique-americaine-ne-pardonne (Date de dernière consultation : 21 avril 2024).

UNCTAD-ICTSD, « Resource Book on TRIPS and Development », Cambridge University Press, 2005, p. 530. https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2005d1_en.pdf (Date de dernière consultation : 10 mars 2024).

U.S. Department of Justice, « General definition of Contempt » (January 21, 2020), https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-752-general-definition-contempt (Date de dernière consultation : 20 avril 2024).

Utah State Courts, « Appealing an Amdinistrative Agency Decision » (s.d.), https://www.utcourts.gov/en/self-help/case-categories/appeals/admin-agency.html (Date de dernière consultation : 21 avril 2024).

VAN DE BERG L., « L'ancien député Vlaams Belang Frank Creyelman piloté par l'espionnage chinois », RTBF (15 décembre 2023), https://www.rtbf.be/article/l-ancien-depute-vlaams-belang-frank-creyelman-pilote-par-l-espionnage-chinois-11301626 (Date de dernière consultation : 5 mai 2024).