

**EXISTE-T-IL UN PRINCIPE DE SECRET DES AFFAIRES EN
DROIT BELGE ET, DANS L'AFFIRMATIVE, QUELLES EN SONT
LA PORTÉE ET LES LIMITES ?**

Alexandre DZEPRAILIDIS

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2020-2021

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Nicolas THIRION

Professeur ordinaire

RÉSUMÉ

Le secret en matière commerciale n'est pas récent. L'un des traits fondamentaux de la pratique du secret consiste en son caractère intemporel. La notion même de secret couvre d'innombrables acceptations. Une circonscription de ce que l'on entend par cette notion est nécessaire dans le présent travail. À l'instar du débat concernant l'existence d'une unique Lex Mercatoria ou d'une multitude de leges mercatoriaie, nous tenterons de déterminer si un principe général de secret des affaires se dégage en droit belge ou si, à l'inverse, nous devrions plutôt parler de plusieurs types de secrets d'affaires. Ensuite, l'analyse portera sur les sanctions possibles et sur la manière dont la jurisprudence traite cette notion. Nous conclurons en répondant à la question principale du travail et en nous prononçant sur l'existence et, le cas échéant, la portée et les limites d'un principe général de droit de secret des affaires en Belgique.

REMERCIEMENTS

Je souhaite adresser mes remerciements les plus sincères à Monsieur Nicolas Thirion, professeur ordinaire à l'université de Liège, pour sa disponibilité et ses nombreux conseils pour l'élaboration de ce travail de fin d'études.

J'adresse également mes remerciements à mes proches qui m'ont toujours soutenu tout au long de mes études.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE — NOTION ET FONDEMENT DU SECRET D'AFFAIRES	10
CHAPITRE 1 — LE SECRET D'AFFAIRES : ORIGINE ET RAISONS D'ÊTRE	10
SECTION 1 — L'ORIGINE DU SECRET	10
SECTION 2 — LES RAISONS D'ÊTRE DU SECRET	11
CHAPITRE 2 — LE FONDEMENT DU SECRET D'AFFAIRES : L'ARTICLE 8 DE LA C.E.D.H.	12
DEUXIÈME PARTIE — LE RÉGIME JURIDIQUE DU SECRET D'AFFAIRES : SA PORTÉE ET SES LIMITES	17
CHAPITRE 1 — LA DÉFINITION DU PRINCIPE ET SA PROTECTION AVANT LA DIRECTIVE 2016/943 ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE.....	17
SECTION 1 — LA DÉFINITION DU SECRET D'AFFAIRES AVANT LA DIRECTIVE 2016/943 ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE	17
SECTION 2 — LA PORTÉE DE LA PROTECTION DU SECRET D'AFFAIRES AVANT LA DIRECTIVE 2016/943 ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE	19
Sous-section 1. L'article 309 du Code pénal	19
Sous-section 2. L'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978	23
Sous-section 3. L'article 1382 du Code civil	26
CHAPITRE 2 — LA DÉFINITION DU PRINCIPE ET SA PROTECTION APRÈS LA DIRECTIVE 2016/943/UE ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE.....	27
SECTION 1 — LA DÉFINITION DU SECRET D'AFFAIRES APRÈS LA DIRECTIVE 2016/943 ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE	27
SECTION 2 — LA PORTÉE DE LA PROTECTION DU SECRET D'AFFAIRES APRÈS LA DIRECTIVE 2016/943 ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE	30
CHAPITRE 3 — LES OBSTACLES AU PRINCIPE DU SECRET D'AFFAIRES : LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET LE DROIT À LA PREUVE.....	32
SECTION 1 — APERÇU DES PRINCIPES ET POSITION DU PROBLÈME	33
SECTION 2 — TENTATIVE DE CONCILIATION ENTRE LE SECRET D'AFFAIRES ET LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE	34
Sous-section 1. Par la jurisprudence	34
Sous-section 2. Par le nouvel article 9 de la directive 2016/943	36
CONCLUSION	38
BIBLIOGRAPHIE	40

INTRODUCTION

Le secret en matière commerciale n'est guère le fruit d'une évolution récente. L'un des traits fondamentaux de la pratique du secret consiste en son caractère intemporel. Les entreprises possèdent des « secrets d'affaires », c'est-à-dire des données qu'elles souhaitent à tout prix garder cachées aux yeux des tiers afin d'en tirer un avantage et dont la révélation pourrait leur causer de graves préjudices.

Plusieurs raisons justifient cette volonté de ne pas dévoiler au grand jour certaines informations. Parmi celles-ci, il y a la volonté de l'opérateur économique d'être compétitif vis-à-vis de ses concurrents. Le secret est alors perçu comme un outil de compétitivité¹.

Cependant, en raison notamment des évolutions rapides des nouvelles technologies et de la mondialisation, les entreprises subissent davantage des pratiques malhonnêtes de la part des concurrents visant à mettre la main sur leurs secrets d'affaires. De telles pratiques constituent alors un frein à l'innovation. Dès lors, il est nécessaire de mettre à la disposition des entreprises des moyens juridiques efficaces de manière à lutter contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de leurs secrets d'affaires.

La première partie de ce travail portera sur la notion de secret d'affaires. Pourquoi le secret des affaires est-il si important, voire crucial, dans la vie des entreprises? Quelle est l'origine de ce principe si important? En outre, quel est son fondement? C'est à toutes ces questions que nous tenterons de répondre dans cette première partie.

Une deuxième partie sera consacrée à l'étude du régime juridique du secret d'affaires. À cette fin, la directive européenne 2016/943 relative aux secrets d'affaires constituera la ligne de démarcation entre deux périodes que nous étudierons successivement, à savoir la période antérieure et celle postérieure à l'adoption de cette directive. Nous verrons que cette directive a comblé certaines lacunes du droit belge des secrets d'affaires sans pour autant en révolutionner son contenu. Enfin, le secret d'affaires n'est pas absolu. Nous examinerons deux limites à ce principe: le principe du contradictoire et le droit à la preuve.

¹ Considérant (1) de la directive (UE) 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, *J.O.U.E.*, L157/1, 15 juin 2016.

PREMIÈRE PARTIE — NOTION ET FONDEMENT DU SECRET D’AFFAIRES

CHAPITRE 1 — LE SECRET D’AFFAIRES : ORIGINE ET RAISONS D’ÊTRE

Afin de comprendre l’importance et la portée du secret d’affaires, il convient dans un premier temps de s’interroger sur l’origine de ce principe (Section 1). La pratique du secret peut s’avérer sans intérêt pour certaines entreprises. À l’inverse, le recours au secret peut être absolument indispensable pour d’autres. Plusieurs raisons expliquent l’importance accordée par les entreprises aux secrets d’affaires (Section 2).

Section 1 — L’origine du secret

La pratique du secret en matière commerciale constitue une pratique historique. Le fait de ne pas dévoiler une activité relève d’un usage ancien². Sous l’Ancien Régime, les nobles en particulier se voyaient interdire la pratique du commerce³. En effet, l’idée qu’un noble puisse commerçer était, à cette époque, inconcevable.

Par exception, les nobles étaient libres de commerçer mais pour certaines catégories d’activités uniquement, comme la fabrication du verre⁴. En réalité, les autorités estimaient qu’il était préférable pour l’économie d’encourager les possesseurs de patrimoines importants à réaliser des opérations commerciales. En effet, le manque à gagner pour l’État eût été énorme si les nobles n’avaient pas du tout commerçé.

C’est ainsi que plusieurs édits ont été adoptés en vue d’attirer les nobles à réaliser des opérations commerciales. À titre d’exemple, un édit d’août 1669 prévoit la possibilité pour les nobles de recourir au commerce maritime⁵. En outre, les pouvoirs publics adoptèrent une ordonnance

² E. RICHARD, « Quelques aspects tenant au secret des affaires en droit commercial », *Rev. hist. droit*, 1998, p. 374.

³ H. LÉVY-BRUHL, « La noblesse de France et le commerce à la fin de l’ancien régime, *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, T. 8e, n° 8, p. 210.

⁴ *Ibidem*, p. 211.

⁵ Édit du Roi Louis XIV, portant que les nobles pourront faire le commerce de mer sans déroger à la noblesse. Disponible sur: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97392032.texteImage>.

permettant d'anoblir des marchands⁶. L'État accordait donc un grand intérêt à la pratique du commerce par la noblesse.

Malgré l'interdiction de principe, les nobles investirent également dans la société de *commenda* en y ajoutant un élément fondamental rendant possible une telle opération : l'anonymat. Dans ce contexte, le secret permet donc de concilier la pratique d'une activité commerciale avec la qualité de noble. Il s'agit en réalité d'une parade afin de ne pas divulguer la finalité recherchée, à savoir l'enrichissement. La noblesse était en effet officiellement hostile à l'accumulation de richesses. Le secret sur l'identité des investisseurs a donc permis aux nobles d'investir dans de telles sociétés, sans que leur identité ne soit dévoilée au grand jour.

Aujourd'hui, dans une économie toujours plus mondialisée et sous l'augmentation rapide des innovations et des nouvelles technologies, le secret permet à ses détenteurs de tirer profit au maximum de leurs affaires et ne concerne pas uniquement leur identité.

Section 2 — Les raisons d'être du secret

Plusieurs raisons peuvent expliquer l'importance du secret: la volonté de tirer pleinement profit de son innovation, le danger de la transparence et la volonté de ne pas dévoiler ses faiblesses.

Tout d'abord, le recours au secret peut s'expliquer par la volonté de son détenteur d'en retirer tous les avantages possibles. Un opérateur économique peut souhaiter que son innovation ne soit pas connue de tous afin d'en tirer le profit le plus important possible. Il convient de souligner qu'un opérateur peut toutefois tirer plein profit de son innovation en passant par le mécanisme du brevet. Ce dernier accordera certes un monopole de droit à son propriétaire mais pour une durée limitée seulement, généralement vingt ans. Après ce délai accordant un monopole, l'invention tombera toutefois dans le domaine public et tout un chacun pourra librement l'exploiter. À l'inverse du brevet, le recours au secret n'accorde certes qu'un monopole de fait mais celui-ci peut procurer à l'opérateur une plus grande satisfaction. En effet, aussi longtemps qu'aucun concurrent ne découvre le secret, son détenteur sera le seul à en profiter. La condition évidente d'une plus grande satisfaction qu'un brevet est la bonne conservation du secret.

Une autre raison de recourir au secret est le danger de son inverse, c'est-à-dire la transparence. En effet, être totalement transparent sur certaines opérations peut-être inadéquat, voire

⁶ H. LÉVY- BRUHL, *op. cit.*, p. 217.

dangereux pour une société. À titre d'exemple, les grandes marques automobiles consacrent des milliards d'euros dans le volet recherche et développement. À quoi servirait-il de financer hautement ce secteur pour être compétitif et attirer de nouveaux clients si tous les concurrents pourraient avoir une vue sur de telles opérations? Un autre exemple concerne l'entreprise Coca-Cola : celle-ci jouit d'un monopole de fait quant à sa recette gardée secrète depuis sa création. Nous comprenons qu'une telle transparence peut-être néfaste pour l'opérateur économique et que la conservation de données confidentielles peut lui permettre une plus grande compétitivité face à ses concurrents.

Le secret permet donc de conserver ses forces à l'abri des regards potentiellement néfastes. À l'inverse, il peut également être utile pour une entreprise de recourir au secret afin de ne pas dévoiler ses faiblesses à ses concurrents. Dans ce cas, le secret permettra alors à l'opérateur de paraître plus fort afin que ses concurrents n'exploitent pas ses faiblesses. Comme le relève fort bien Jean-Pierre Buyle, « *le monde de la concurrence est un monde de silence et de secret* »⁷.

CHAPITRE 2 — LE FONDEMENT DU SECRET D'AFFAIRES : L'ARTICLE 8 DE LA C.E.D.H.

La protection des secrets d'affaires se fonde sur le droit fondamental de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, consacrant le droit au respect de la vie privée⁸. L'article 8 est ainsi libellé :

- « 1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*
- 2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

⁷ J.-P. BUYLE, "Le secret des affaires: du droit à l'intimité au secret professionnel?", in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93-132.

⁸ Const., 19 septembre 2007, point B.6.2 : « Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales. Il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires ». Disponible sur <https://www.jura.kluwer.be> ; Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 588, p. 2105.

Dans une conception classique, les droits fondamentaux constituaient un « *ensemble de prérogatives imaginées presque exclusivement comme inhérentes à la personne humaine et visant à protéger les individus contre les risques d'arbitraire de la puissance publique* »⁹. À cet égard, les destinataires naturels des droits fondamentaux contenus dans la Convention européenne des droits de l'Homme sont les personnes physiques¹⁰. Dans cette conception, la reconnaissance de droits fondamentaux aux entreprises paraît inconcevable.

La Convention européenne des droits de l'Homme a une vocation humaniste : le but poursuivi est de préserver la dignité humaine. Cependant, la Convention ne dit rien d'éventuels droits fondamentaux des personnes morales. Seul l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme vise le droit au respect des biens d'une personne morale.

Il convient de souligner qu'il existe une distinction entre les droits procéduraux et les droits substantiels contenus dans la Convention européenne. Les droits procéduraux consacrés par la Convention ne posent guère de problèmes quant aux entreprises. En effet, ces droits procéduraux profitent à tout sujet de droit, indépendamment de sa qualité de personne morale ou physique. Ainsi, il est reconnu que les entreprises ont le droit d'ester en justice. Cependant, plus délicate est la question concernant les droits fondamentaux substantiels des entreprises, notamment le droit au respect de la vie privée. Dans cette optique, plusieurs critiques ont été soulevées par la doctrine. Nous en retiendrons deux : la contrariété à la vocation humaniste de la Convention européenne des droits de l'Homme et le rapport — déséquilibré — de puissance existant entre les personnes physiques et les personnes morales.

Quant à la première critique, certains estiment que la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales porterait atteinte à la primauté de la personne humaine¹¹. Les droits fondamentaux garantis par la Convention ont été rédigés pour le bénéfice des personnes physiques uniquement. On parle aussi d'anthropomorphisme, ce qui signifie que les personnes morales s'approprient des caractéristiques ne pouvant bénéficier qu'à des personnes physiques¹². L'application de ces droits à des personnes morales dénaturerait la vocation même de la Convention. À cette première critique, nous pourrions poser la question suivante : ne faut-

⁹ P. ROMUALD, « Les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européennes », *J.D.E.*, 2016, p. 46.

¹⁰ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2012, pp. 198-199.

¹¹ G. KITERI, « Les droits fondamentaux des personnes morales », in *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 79.

¹² J. MOULY, « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Droit et justice, n°63, Bruxelles, Bruylant — Nemesis, 2005, p. 302, n° 33.

il pas considérer qu'une entreprise est constituée de personnes physiques exerçant collectivement leurs droits fondamentaux?

D'autres estiment qu'une telle reconnaissance ne serait en fait qu'une technique du système capitaliste visant à renforcer des personnes morales déjà puissantes par rapport à l'homme. Selon cette doctrine, mettre l'entreprise sur un pied d'égalité juridique avec les personnes physiques renforcerait en réalité, dans les faits, l'entreprise. Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme peut opérer un rééquilibrage des forces en cas de confrontation entre une personne morale et une personne physique et ainsi, par exemple, considérer que la liberté d'expression d'une personne morale est moindre que celle d'une personne physique¹³.

Certes, il peut paraître absurde de parler d'une éventuelle vie privée des personnes morales et il est vrai qu'une personne morale n'a pas une vie privée équivalente à celle d'une personne physique mais elle a quand même une activité en son sein que les tiers n'ont pas à connaître et c'est en ce sens qu'elle bénéficie du secret d'affaires¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne ont eu à connaître de plus en plus d'affaires dans lesquelles une personne morale invoquait un droit fondamental. *A priori*, les personnes morales ne bénéficieraient pas des droits fondamentaux. Malgré le silence de la Convention européenne des droits de l'Homme quant aux droits fondamentaux des personnes morales, le juge a fini par reconnaître l'aptitude des personnes morales à être titulaire de droits fondamentaux.

Bien entendu, il est impossible pour une entreprise d'être titulaire de certains droits fondamentaux car ceux-ci sont intrinsèquement rattachés à la dignité humaine. Ainsi, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à la vie ne bénéficie pas aux entreprises¹⁵. Certes, nous pouvons considérer qu'une entreprise a bien une vie, celle-ci pouvant « mourir » en cas de liquidation. Cependant, cette notion de vie de l'entreprise ne cadre pas avec celle retenue dans l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

L'évolution de la jurisprudence quant à l'applicabilité des garanties prévues à l'article 8 aux entreprises a été progressive. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a d'abord considéré que les garanties offertes par l'article 8 ne s'appliquaient pas aux entreprises dans un arrêt *National Panasonic Limited c. Commissions des Communautés européennes* du 26 juin 1980. Dans cet arrêt, la Commission estimait que la société requérante Panasonic violait le

¹³ G. KITERI, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴ D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *Revue de droit judiciaire et de la preuve*, 2009, numéro 3, p. 113.

¹⁵ P. ROMUALD, *op. cit.*, p. 50.

Traité instituant la Communauté économique européenne et décida de procéder à une vérification en emportant notamment certains documents de la société. Selon la requérante, cette vérification était illégale car elle aurait violé ses droits fondamentaux. La Cour ne tranche pas la question de savoir si l'article 8 s'applique également aux entreprises. En effet, au considérant 19 de son arrêt, la Cour dit: « (...) *l'article 8 de la Convention européenne, pour autant qu'il s'applique à des personnes morales (...)* ».

Neuf ans plus tard, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaîtra, dans un arrêt *Chappell c. Royaume-Uni* du 30 mars 1989, que la notion de « domicile » peut également englober les bureaux d'une entreprise¹⁶. Dans cette affaire, le domicile privé d'une personne physique constituait simultanément les bureaux de sa société.

En 1990, la Cour de Strasbourg a considéré dans un arrêt *Huvig c. France* que la mise sur écoute de conversations commerciales pouvait violer l'article 8 de la Convention¹⁷.

Peu de temps après, dans son arrêt *Niemietz*¹⁸, la Cour refuse de limiter la notion de vie privée à un « cercle intime ». Elle poursuit en disant que le respect de la vie privée doit englober le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial. En outre, la Cour rappelle que la notion de « domicile » peut également englober les bureaux d'une entreprise. Par cet arrêt, la Cour reconnaît une dimension professionnelle de la vie privée.

Nous constatons donc que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme évolue et que celle-ci ouvre des portes quant à l'application de l'article 8 aux entreprises. Cependant, il ressort de sa jurisprudence qu'elle ne consacre pas de manière générale un principe de secret d'affaires. À l'inverse de la Cour européenne des droits de l'Homme, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est plus explicite et reconnaît clairement que le secret d'affaires constitue un principe général de droit.

En effet, cette dernière a reconnu le secret d'affaires comme un principe général de droit dans un arrêt *AKZO Chemie* du 24 juin 1986¹⁹. Dans cet arrêt, la Cour considère que les entreprises ont un intérêt légitime à la non-divulgation de leurs secrets d'affaires.

Un important arrêt en matière de secret d'affaires est également celui de la Cour constitutionnelle du 19 septembre 2007. La Cour rappelle d'abord l'arrêt *Niemietz* de la Cour européenne des droits de l'Homme qui affirme que « *le respect de la vie privée englobe le droit*

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989.

¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Huvig c. France*, 24 avril 1990.

¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992.

¹⁹ C.J.C.E., arrêt *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 24 juin 1986, C-53/85.

pour l'individu de nouer et de développer des relations au-delà de son cercle intime, y compris sur le plan professionnel ou commercial ». La Cour constitutionnelle en déduit que des secrets d'affaires d'une personne physique peuvent constituer une partie intégrante de sa vie privée²⁰. En d'autres termes, selon la Cour, le droit au respect de la vie privée des personnes physiques implique, dans une certaine mesure, la protection de leurs secrets d'affaires. Au considérant B.6.2, la Cour constitutionnelle soutient que le droit au respect de la vie privée bénéficie également aux personnes morales. Par conséquent, à l'instar des personnes physiques, le droit au respect de la vie privée des personnes morales implique la protection de leurs secrets d'affaires.

²⁰ C. Const., arrêt *Varec*, 19 septembre 2007, considérant B.6.1.

DEUXIÈME PARTIE — LE RÉGIME JURIDIQUE DU SECRET D’AFFAIRES : SA PORTÉE ET SES LIMITES

Dans un premier temps, le secret d'affaires en droit belge était épars dans diverses législations et n'était nullement défini. Dans un deuxième temps, sous l'influence du droit de l'Union européenne et en particulier d'une directive de 2016, le droit belge offre une définition du secret d'affaires contenue dans le Code de droit économique. À cet égard, il convient de distinguer la période antérieure et postérieure à la directive et à sa transposition en droit belge par une loi du 30 juillet 2018.

CHAPITRE 1 — LA DÉFINITION DU PRINCIPE ET SA PROTECTION AVANT LA DIRECTIVE 2016/943 ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE

Section 1 — La définition du secret d'affaires avant la directive 2016/943 et sa transposition en droit belge

Dans un arrêt du 30 janvier 1908, le tribunal de commerce de Bruxelles donna une première définition du secret d'affaires : « *On admet généralement que ces secrets peuvent inclure des listes de clients, des informations sur les consommateurs, sur la politique des prix pratiqués par l'entreprise, sur les méthodes de publicité, la situation financière, les stratégies commerciales, etc. ; et plus généralement, que cela recouvre les faits et les circonstances en rapport avec l'organisation et l'activité commerciales de l'entreprise* »²¹.

Bien que réglementée de façon partielle, le droit belge ne méconnait pas la notion de secret d'affaires. Ainsi, plusieurs dispositions du droit belge ont trait au secret et à sa protection. D'emblée, nous pouvons affirmer que les diverses dispositions que nous analyserons ne constituent en réalité que des « morceaux » du concept, plus large, de secret d'affaires.

En matière pénale, l'article 309 du Code pénal punit « *celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé* ». À l'évidence, une telle définition est trop restrictive pour correspondre au secret d'affaires. En effet, seuls les secrets de fabriques sont visés. Le secret de fabrique n'étant pas défini par loi, il revient au juge d'en apprécier ses éléments constitutifs.

²¹ Comm. Bruxelles, 30 janvier 1908, *J.C.B.*, 1908, p. 153.

Dans un arrêt du 27 septembre 1943, la Cour de cassation confirme la définition du secret de fabrique donnée par la Cour d'appel de Gand²² : le secret de fabrique consiste en « *un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en oeuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabriquant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage d'ordre économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents* ». La Cour d'appel d'Anvers fera sienne cette définition dans un arrêt plus récent du 31 mars 2009²³. En d'autres termes, l'article 309 du Code pénal protège uniquement des secrets purement techniques²⁴. Nous le verrons, la Cour de cassation procédera à une interprétation extensive de la notion de secret de fabrication.

La notion de secret contenue dans l'article 17 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail cadre davantage avec la notion de secret d'affaires. L'article 17, avant sa modification en 2018, prévoyait l'obligation pour le travailleur de s'abstenir, tant au cours du contrat de travail qu'après sa cessation, de divulguer les secrets de fabrication ou d'affaires. Le texte vise également le secret des affaires à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle.

Aussi bien les travailleurs actuels que les anciens travailleurs sont soumis à cette obligation d'abstention. En outre, dans un arrêt du 19 février 1960, la Cour de cassation estime que cette obligation d'abstention « *constitue une stipulation implicite de tout contrat d'emploi (...)* »²⁵. En d'autres termes, même en l'absence d'une disposition telle que l'article 17, 3°, cette obligation de discrétion résulte du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Ces développements montrent que le secret d'affaires revêt une certaine importance.

Notion voisine du secret d'affaires, le secret professionnel n'y correspond néanmoins pas pleinement. Comme le relève Dominique Mougenot, le secret professionnel ne couvre que « *les informations confiées à un confident nécessaire, c'est-à-dire une personne qui, par état ou par profession, devient nécessairement dépositaire d'informations intimes ou confidentielles* »²⁶. Ainsi, à titre d'exemple, une donnée confidentielle confiée à un avocat ou à un médecin relève du secret professionnel et non du secret d'affaires.

²² Cass. 27 septembre 1943, *Pas.* 1943, I, p. 358.

²³ Anvers, 31 mars 2009, *T.Strafr.* 2009, p. 320. Disponible sur : <https://jura.kluwer.be>

²⁴ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 113.

²⁵ Cass., 19 février 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 708.

²⁶ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 112.

Avant la directive et sa transposition en droit belge, il n’existait, certes, pas de définition générale du secret d’affaires. Ces diverses sources légales et l’important arrêt de 2007 de la Cour constitutionnelle montrent pourtant l’importance du secret et de sa protection.

Section 2 — La portée de la protection du secret d’affaires avant la directive 2016/943 et sa transposition en droit belge

Sous-section 1. L’article 309 du Code pénal

A. Conditions d’application

La protection prévue par l’article 309 du Code pénal requiert la réunion de quatre conditions²⁷, à savoir :

- Une communication faite à un tiers ;
- Une communication portant sur un secret de fabrique ;
- la divulgation d’un secret par une personne travaillant ou ayant travaillé pour l’usine ;
- Une intention frauduleuse.

1. Une communication à un tiers

Selon Bernard Tilleman, le tiers est « *toute personne qui ignore le secret et qui ne doit pas être informée, même si ce tiers est un collègue ou un collaborateur* »²⁸. Le simple fait pour un travailleur de connaître d’un secret et de l’utiliser pour son intérêt propre ne constitue pas une infraction au sens de l’article 309 du Code pénal²⁹. C’est la communication du secret qui est punie par l’article 309 du Code pénal et non son usage. Peu importe le moyen de communication, celle-ci peut être écrite ou verbale³⁰, mais il est absolument nécessaire que cette communication soit faite à un tiers. En outre, et à la différence du droit français, la loi punit la communication du secret de fabrication et non une tentative de communication³¹.

²⁷ Anvers, 31 mars 2009, *T.Strafr.*, 2009, p. 320.

²⁸ B. TILLEMAN, « L’obligation au secret et à la discréetion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 550.

²⁹ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 96.

³⁰ G. VANDERHAEGEN, « Secrets de fabrique », *Les Nouvelles*, t. II, Bruxelles, Larcier, p. 1004.

³¹ *Ibidem*, p. 1005.

2. Une communication portant sur un secret de fabrique

Nous avons constaté que la loi ne définissait pas cette notion et qu'il revenait au juge d'en apprécier les contours. À cet égard, plusieurs éléments peuvent aider à dégager la présence ou non d'un secret de fabrique.

2.1. Un secret

Le dictionnaire Larousse définit le secret comme ce qui doit être tenu caché. En outre, on ne parle de secret que lorsque le fait n'est pas connu de tous mais seulement par son détenteur ou d'autres personnes en nombre limité³². La Cour d'appel de Gand considère qu'un secret peut faire l'objet d'une licence³³. La jurisprudence reconnaît également que celui qui a connaissance du secret doit prendre des mesures afin d'en préserver le caractère secret³⁴. Le défaut ou l'insuffisance de prise de précautions du détenteur du secret afin de le préserver peut constituer une circonstance atténuante pour celui qui l'a communiqué³⁵.

Des publications purement techniques quant au secret de fabrication en question sont sans incidence et ne peuvent servir d'argument pour contourner la protection offerte par l'article 309 du Code pénal. La Cour d'appel d'Anvers le soulignera dans un arrêt du 31 mars 2009 : « *Opname in publicaties verhindert het bestaan van een fabrieksgeheim niet, wanneer de loutere lectuur van de technische literatuur niet volstaat om de techniek succesvol toe te passen, maar – zoals in deze – doorgedreven en complexe experimenten nodig zijn gedurende een lange periode om tot het beoogde resultaat te komen* »³⁶.

En outre, la Cour estime que l'infraction est établie même si « *de burgerlijke partij geen octrooi aanvraag deed voor het betrokken productieproces (waardoor dit proces hoe dan ook niet meer geheim zou blijven), noch het feit dat er in de – blijkbaar louter – mondeline arbeidsovereenkomst van beklaagde geen geheimhoudingsclausule voorzien was, noch het feit dat er ter zake geen schriftelijke richtlijnen waren* »³⁷.

³² M. VAN DE KERCHOVE, *Le secret professionnel*, La Charte, Bruxelles, 2002, p. 24.

³³ Gand, 30 décembre, 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 1358.

³⁴ Corr. Bruxelles, 29 février 1939, *Pas.*, 1941, III, p. 4.

³⁵ Corr. Verviers, 17 juin 1959, *Ing.-Cons.*, 1959, p. 217.

³⁶ En français: « l'inclusion d'un secret de fabrication dans des publications n'empêche pas l'existence d'une violation d'un secret de fabrique lorsque la seule lecture de ces publications ne suffit pas et qu'il faut également le bénéfice d'une longue expérience au sein de l'entreprise qui ne peut être ramenée à une connaissance normale que tout autre employé pourrait avoir ».

³⁷ En français: « l'infraction existe même si la partie civile n'avait pas demandé de brevet, qu'il n'existaient pas de clause de confidentialité dans un contrat écrit ni qu'il existait de directives écrites en ce sens ».

2.2. Une nouveauté relative ou absolue ?

On ne parle de secret de fabrication que lorsque celui-ci présente une certaine nouveauté³⁸, il n'y a donc pas de secret « *si le moyen de fabrication est immédiatement décelable* »³⁹. En outre, et à la différence du brevet où un caractère absolu du secret est nécessaire, le secret de fabrication doit être relatif : pour bénéficier de la protection, il n'est pas exigé qu'aucun autre concurrent n'ait connaissance du secret, il est possible que plusieurs personnes aient un même secret. En réalité, deux courants s'opposent⁴⁰. Les tenants de la théorie de la nouveauté absolue considèrent que l'article 309 ne couvre que des procédés qui n'ont jamais été mis en oeuvre. Par opposition, selon la théorie de la nouveauté relative, il peut y avoir une nouveauté même si le procédé existe déjà secrètement chez un concurrent.

Un argument de taille permet de se rallier à la théorie de la nouveauté relative car, comme le relève fort bien Monsieur Vanderhaegen, la loi pénale est une matière distincte de la loi sur les brevets et ne dépend pas de celle-ci⁴¹. En effet, ce n'est pas parce que la loi sur les brevets requiert une nouveauté absolue que la législation pénale ne peut prévoir une nouveauté relative en ce qui concerne un secret de fabrication. Il s'agit de deux branches juridiques distinctes.

2.3. Un secret de nature purement technique

Nous avons vu que l'article 309 du Code pénal protège uniquement des secrets purement techniques. Ainsi, la protection offerte ne couvre ni des secrets financiers ou commerciaux⁴², ni des listings de clients ou de fournisseurs, ou encore des documents comptables⁴³.

Cependant, dans un arrêt du 26 juin 1975, la Cour de cassation a procédé à une interprétation extensive de l'article 309 du Code pénal. La Cour ne limite plus la notion de secret de fabrique à des éléments purement techniques ; désormais, les secrets financiers et commerciaux sont également couverts par l'article 309 du Code pénal⁴⁴.

3. La divulgation d'un secret par une personne employée ou qui a été employée dans l'usine

Il n'est pas nécessaire qu'il existe un lien entre la fonction du travailleur et le secret de fabrication décelé par lui. À titre d'exemple, une femme de ménage dans une entreprise qui,

³⁸ Corr. Bruxelles, 29 février 1939, *op. cit.*

³⁹ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁰ V. DANAU, « L'article 309 du code pénal : état des lieux et perspectives », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2018/1, 15 mars 2018, p.145.

⁴¹ G. VANDERHAEGEN, *op. cit.*, p. 1002.

⁴² V. DANAU, *op. cit.*, p. 141.

⁴³ A. MARCHAL, J.-P. JASPAR, *Droit criminel — Traité théorique et pratique*, t. II, Bruxelles, 1975, p. 310.

⁴⁴ V. DANAU, *op. cit.*, p. 145.

bien que fortuitement, tomberait sur un secret de fabrication, bien qu'aucun lien n'existe entre sa fonction et le secret de fabrication, satisferait à cette condition si elle divulgue le secret. En d'autres termes, la question de savoir par quel moyen le travailleur a connu le secret n'est pas pertinente.

Dans un arrêt du 27 septembre 1943, la Cour de cassation considère que cette condition est remplie même si l'employé d'une entreprise divulguant le secret aurait eu connaissance de celui-ci avant son entrée en service dans l'entreprise⁴⁵.

4. Une intention méchante ou frauduleuse

À l'origine, le Code pénal de 1810 n'exigeait qu'un dol général pour cette infraction. Par les mots « méchamment ou frauduleusement », depuis 1867, l'article 309 du Code pénal requiert un dol spécial, c'est-à-dire une intention particulière et plus précise qu'un dol général. Le terme « méchamment » correspond à la volonté de nuire. Selon une jurisprudence constante, le terme « frauduleusement » correspond à « *l'intention de procurer à soi-même ou à autrui des avantages illicites* »⁴⁶.

B. Critiques de l'article 309 du Code pénal

La sanction de ce délit prévue par cette disposition est une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et une amende de cinquante euros à deux-mille euros. En réalité, l'article 309 du Code pénal n'a été que peu appliqué en raison des conditions strictes de son application. Plusieurs critiques peuvent être émises à son encontre. Plus particulièrement, nous pouvons émettre des critiques quant à la question de la réparation du dommage, de l'absence de définition légale du secret de fabrication, et enfin de la tentative de communication d'un secret de fabrique.

⁴⁵ Cass., 27 sept. 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 318.

⁴⁶ Cass., 26 sept. 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 47 ; Cass., 28 sept. 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 48 ; Cass., 8 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 229.

1. La réparation du dommage

L’application de l’article 309 du Code pénal se limite à la sphère pénale⁴⁷. Par conséquent, la victime de cette infraction est obligée de passer par l’article 1382 du Code civil pour obtenir la réparation du préjudice causé par la communication du secret dont elle était détentrice.

2. L’absence de définition légale du secret de fabrique

Le législateur ne définit pas cette notion et laisse une grande marge d’appréciation au juge pour en délimiter les contours. Or, les positions divergent au sein des auteurs, notamment en ce qui concerne le caractère relatif ou absolu de la nouveauté. Le monde des affaires évolue sans cesse et les innovations sont toujours plus rapides. On pourrait alors penser qu’une définition légale serait vite dépassée par ces évolutions. Néanmoins, pour atteindre un degré de sécurité juridique plus acceptable, il est possible de combiner une définition légale et une interprétation évolutive de la jurisprudence de cette définition.

3. L’absence de prise en compte de la tentative de communication

Nous savons qu’à l’inverse du droit français, l’article 309 du Code pénal ne punit pas la tentative de communication. En outre, la disposition belge ne punit que la communication du secret de fabrication et non son usage. Il paraît dès lors étrange de sanctionner la communication mais pas la tentative de communication. Le but poursuivi serait mieux servi si la tentative de communication était également punissable.

Sous-section 2. L’article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978

L’ancien article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978 dispose que : « *le travailleur a l’obligation : (...) 3° de s’abstenir tant au cours du contrat qu’après la cessation de celui-ci : a) de divulguer les secrets de fabrication, ou d’affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l’exercice de son activité professionnelle* ».

⁴⁷ V. DANAU, *op. cit.*, p. 157.

A. Conditions d'application

1. Un secret

À l'inverse de l'article 309 du Code pénal, l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978 ne protège pas uniquement le secret de fabrication. En effet, il couvre le secret de fabrication en droit pénal, le secret d'affaires et les affaires à caractère personnel ou confidentiel. D'emblée, il est aisément de remarquer que la protection du secret dans cette disposition est plus large que celle offerte par l'article 309 du Code pénal. La notion de secret de fabrication ayant déjà été analysée, nous renvoyons aux développements de l'article 309 du Code pénal pour nous concentrer sur le secret d'affaires et les affaires à caractère personnel ou confidentiel.

1.1. Le secret d'affaires

Jean-Pierre Buyle définit le secret d'affaires négativement. Il s'agit de « *toute information ou connaissance qui n'entre pas dans la définition du secret de fabrication ou du secret relatif à une affaire à caractère personnel ou confidentiel au sens de la loi du 3 juillet 1978* »⁴⁸.

Un autre auteur propose de définir le secret d'affaires comme « *toute information ou connaissance, de nature commerciale ou financière, appartenant à l'entreprise, et dont la non-divulgation constitue pour l'entreprise un avantage sur ses concurrents* »⁴⁹.

À la différence du secret de fabrication, le secret d'affaires englobe le savoir-faire d'une entreprise et le savoir-faire commercial de l'entreprise⁵⁰. Le secret d'affaires comporte un élément subjectif et objectif : l'élément objectif signifie que le fait ou l'information ne doit pas être objectivement connu par les concurrents de l'entreprise, et l'élément subjectif correspond à la volonté de conserver l'information secrète en prenant des mesures adéquates⁵¹.

Ainsi, à titre d'exemple, une liste de clients d'une entreprise ne constitue pas un secret d'affaires si une autre entreprise peut facilement établir la même liste de clients, par exemple en raison du fait que les entreprises en question opèrent dans un marché restreint avec peu de clients potentiels⁵². À l'inverse, peuvent constituer un secret d'affaires les prix pratiqués par une

⁴⁸ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁹ B. TILLEMAN, *op. cit.*, p. 552.

⁵⁰ M. BUYDENS, *Droits des brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 308.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

entreprise⁵³, de même qu'un tarif préférentiel bénéficiant à l'employeur auprès de l'un de ses fournisseurs⁵⁴.

1.2. Les affaires à caractère personnel ou confidentiel

Les affaires à caractère personnel ou confidentiel correspondent à des informations dont la divulgation est de nature à nuire aux intérêts de l'employeur⁵⁵. Le travailleur est tenu à un devoir de discréction vis-à-vis de telles informations. Ce devoir de discréction est d'autant plus important lorsque le travailleur est un collaborateur proche de l'employeur. À titre d'exemple, une secrétaire privée est tenue à un devoir de discréction quant à d'éventuelles aventures extraconjugales de son patron et ne peut les révéler en public sous peine de violer ce devoir de discréction⁵⁶.

Cependant, à l'inverse du secret de fabrication ou du secret d'affaires, ce devoir de discréction ne s'impose au travailleur que pour les informations confidentielles dont il aurait eu connaissance lors de son activité professionnelle⁵⁷.

2. La divulgation d'un secret ou d'une information confidentielle

Cette divulgation doit être faite à des tiers qui n'avaient pas connaissance du secret ou de l'information, que ces tiers soient externes ou internes à l'entreprise. Il suffit que le tiers ne soit pas au courant du secret pour que cette condition soit remplie. À l'instar du secret de fabrication, le fait pour un travailleur d'utiliser un secret pour son propre compte sans le divulguer ne constitue pas une violation de l'article 17, 3°.

3. La divulgation est faite par un travailleur ou un ancien travailleur

Il est nécessaire qu'un contrat de travail ait existé entre l'entreprise et le travailleur qui a divulgué un secret de celle-ci. Il est sans importance que le contrat soit à durée déterminée ou

⁵³Prud'hom., Huy, 15 juill. 1936, cité dans A. Naessens, « Verplichtingen en aansprakelijkheid van de werknemer en werkgever in de loop van de arbeidsovereenkomst », in (il fait mit « dans » dans la référence) R. Blanpain (éd.), *Arbeidsrecht*, II.3, n°31.

⁵⁴C.T. Mons, *Rev. Liège*, 1989, p.200.

⁵⁵G. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *Rev. trim. dr. com.*, 1988, pp. 180 et s.

⁵⁶B. TILLEMAN, *op. cit.*, p. 552.

⁵⁷*Ibidem.*

indéterminée⁵⁸. De même que le secret de fabrication, il n'est pas nécessaire qu'il existe un lien entre le secret divulgué et l'objet même du contrat du travailleur⁵⁹.

B. Sanction

Contrairement à l'article 309 du Code pénal, une simple négligence suffit à actionner la protection de l'article 17, 3°. En effet, cette disposition n'exige pas la preuve d'un dol quelconque⁶⁰. La divulgation d'un secret de fabrique, d'affaires ou d'une information confidentielle peut constituer un motif grave entraînant le licenciement de l'employé⁶¹. À titre d'exemple, la divulgation des plans de restructuration d'une entreprise a été considérée comme un motif grave par la cour d'appel de Bruxelles⁶².

En outre, si l'employeur subit un dommage, il pourra réclamer des dommages et intérêts à son (ex)-travailleur, à condition toutefois que la faute de l'auteur résulte d'une faute lourde, d'une faute légère habituelle ou d'un dol⁶³.

Sous-section 3. L'article 1382 du Code civil

Le fait de divulguer une information secrète peut constituer une faute entraînant un dommage dans le chef du détenteur du secret et permet d'engager la responsabilité de l'auteur de la divulgation sur la base de l'article 1382 du Code civil⁶⁴.

La faute consistera en la révélation d'une information confidentielle et, à cet égard, il conviendra de vérifier que le détenteur du secret a pris des précautions afin de conserver son secret. En effet, l'insuffisance de précautions peut entraîner l'absence de faute dans le chef de celui qui divulgue l'information⁶⁵. Le dommage consistera « *dans la perte de l'avantage*

⁵⁸ G. BALLON, « know-how en zijn bescherming », in *Liber Amicorum*, Bruges, Die Keure, 1998, p. 679.

⁵⁹ J. HERMAN, « Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst : discretieplicht en concurrentieverbod », *Oriëntatie*, 1988, p. 223.

⁶⁰ B. TILLEMAN, *op. cit.*, p. 552.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² T.T. Bruxelles, R.G., n°10.075, résumé dans *Bull. F.E.B.*, 1981, n°1, p. 1784.

⁶³ En effet, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail dispose que: « En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel ».

⁶⁴ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁵ J. -P. BUYLE, *op. cit.*, p. 109.

concurrentiel que constitue le savoir-faire, par hypothèse secret et substantiel »⁶⁶. La sanction consistera en l'octroi de dommages et intérêts à la partie lésée.

Bien que cette disposition ne vise pas directement à protéger un secret, une action sur la base de l'article 1382 du Code civil peut s'avérer utile notamment lorsque les éléments constitutifs de l'infraction prévus à l'article 309 du Code pénal ne sont pas remplis. Ainsi, si un travailleur divulgue un secret de fabrication mais sans intention méchante ou frauduleuse en provoquant tout de même un dommage à son détenteur, l'article 1382 pourra servir de base à une action en justice visant l'octroi de dommages et intérêts⁶⁷. De même, l'article 1382 peut trouver à s'appliquer lors des négociations pré-contractuelles dès lors qu'une partie feint de vouloir conclure un contrat dans le but d'obtenir des informations confidentielles⁶⁸.

CHAPITRE 2 — LA DÉFINITION DU PRINCIPE ET SA PROTECTION APRÈS LA DIRECTIVE 2016/943/UE ET SA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE

Section 1 — La définition du secret d'affaires après la directive 2016/943 et sa transposition en droit belge

Le 8 juin 2016, le Parlement européen et le Conseil ont adopté une nouvelle directive 2016/943 (ci-après : la directive) sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales et non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Cette directive, en son article 2, 1), propose une définition du secret d'affaires plus complète et plus convaincante que ce que nous connaissions jusqu'alors⁶⁹.

La loi belge du 30 juillet 2018⁷⁰, entrée en vigueur le 24 août 2018, a transposé cette directive dans l'ordre juridique belge. Dans les travaux préparatoires de cette loi, le législateur belge explique que beaucoup de dispositions de la directive ne se retrouvent pas en tant que telles en

⁶⁶ M. BUYDENS, *op. cit.*

⁶⁷ A. VAN MENSEL, « De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.*, 1981, p. 2016.

⁶⁸ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁹ L'article 2, 1), de la directive 2016/943 sur le secret d'affaires dispose que: « on entend par ‘secret d'affaires’, des informations qui répondent à toutes les 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, 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 ».

⁷⁰ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B.*, 14 août 2018.

droit belge et que, par conséquent, les juges ne disposent que de peu de moyens afin de protéger les secrets d'affaires⁷¹.

La directive poursuit plusieurs objectifs. Parmi ceux-ci figure la volonté d'offrir une meilleure protection des secrets d'affaires dans le but de favoriser l'innovation technologique⁷². Ce nouvel instrument juridique se justifie également par le fait que les évolutions récentes, comme la mondialisation ou l'allongement des chaînes de distribution, rendent les entreprises de plus en plus vulnérables face aux pratiques malhonnêtes⁷³.

Cette loi du 30 juillet 2018 a inséré un nouvel article I.17/1 au sein du Code de droit économique contenant la nouvelle définition du secret d'affaires au point 1° de cet article⁷⁴. En outre, la loi est explicite concernant le détenteur d'un secret d'affaires. En effet, selon l'article I.17/1, 2°, le détenteur d'un secret peut être tant une personne physique qu'une personne morale ayant le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite.

En réalité, la directive constitue le prolongement de l'article 39, §2 de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle concernant le Commerce⁷⁵ (ci-après : ADPIC) en prévoyant toutefois des obligations plus importantes. Nous constatons que la définition contenue au sein de l'article 2, 1), de la directive est équivalente à celle de l'article 39, §2 de l'ADPIC. L'ADPIC parle de « renseignements non divulgués » et non de « secrets d'affaires », les deux expressions sont cependant équivalentes⁷⁶. Bien que dépourvu d'effet direct en droit

⁷¹ Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3154/001, p. 6.

⁷² Considérant (2) de la directive (UE) 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, *op. cit.*

⁷³ Considérant 4 de la directive (UE) 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, *op. cit.*

⁷⁴ L'article I.17/1, 1°, du C.D.E. dispose que: le secret d'affaires est une « information qui répond à toutes les conditions suivantes : 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 la contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la garder secrète ».

⁷⁵ L'article 39, §2, de l'ADPIC dispose que: « Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements: a) soient 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 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 ».

⁷⁶ V. CASSIERS, « Les notions clés du régime de protection des secrets d'affaires » in CAMPOLINI, *Secrets d'affaires*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 8.

belge⁷⁷, l'ADPIC a donc eu une influence sur le droit européen qui s'en est inspiré pour concevoir sa directive.

En outre, l'ADPIC trouve son origine dans le droit des États-Unis avec le Uniform Trade Secrets Act de 1985⁷⁸ où la définition du *trade secret* fait apparaître clairement que la définition des renseignements non divulgués dans l'ADPIC s'en est inspirée⁷⁹. À quelques exceptions près, le régime de protection des secrets d'affaires prévu par la directive comporte beaucoup de ressemblances avec le régime du Uniform Trade Secrets Act et nous permet de dire que la directive européenne est, *in fine*, d'inspiration états-unienne.

⁷⁷ R. DUPONT, « La Directive relative à la protection des secrets d'affaires : quelques perspectives au regard du droit belge », *I.R.D.I.*, 2016, p. 151.

⁷⁸ V. CASSIERS, *op. cit.*, p. 9 ; E. PY, J.-M. GARINOT, *La protection des secrets d'affaires: enjeux et perspectives*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 99.

⁷⁹ L'article 1.4 du Uniform Trade Secrets Act dispose que: « ‘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 ».

Section 2 — La portée de la protection du secret d'affaires après la directive 2016/943 et sa transposition en droit belge

Bien entendu, les diverses dispositions légales déjà existantes et protégeant le secret d'affaires continuent de s'appliquer même après l'adoption de la directive 2016/943 et sa transposition en droit belge⁸⁰.

Remarquons que la portée de la protection du secret d'affaires est plus étendue en droit belge que dans la directive. L'article I.17/1 reprend à l'identique les conditions du secret d'affaires à une exception près : en droit européen, le secret d'affaires se définit comme « des » informations alors que la disposition législative belge définit le secret d'affaires comme « une » information⁸¹. À cet égard, la définition du secret d'affaires en droit belge est plus large que celle contenue dans la directive et offre ainsi une plus grande protection en ce sens qu'une seule information peut constituer un secret d'affaires alors qu'un secret d'affaires en droit européen se constitue de plusieurs informations.

Cette définition est conforme à la directive. En effet, l'article 1^{er} de la directive prévoit une harmonisation minimale, de sorte que les États membres peuvent prévoir un degré de protection plus important des secrets d'affaires⁸². Cependant, la directive conditionne cette possibilité d'étendre la protection minimale au respect de nombreuses autres dispositions de la directive, si bien que l'on peut parler, en fin de compte, d'un degré d'harmonisation mixte, semi-minimal et semi-maximal⁸³.

La directive ne révolutionne pas le régime de protection belge des secrets d'affaires. En effet, la directive n'a pas pour but de créer un droit exclusif sur les secrets d'affaires⁸⁴. Cela est

⁸⁰ La loi du 30 juillet 2018 modifie certaines de ces dispositions, notamment l'article 17, 3° de la loi sur le contrat de travail. Ainsi, l'article 43 de la loi du 30 juillet 2018 dispose que: « Dans l'article 17 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le 3° est remplacé par ce qui suit: 3° de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci: a) d'obtenir, d'utiliser ou de divulguer de manière illicite, au sens de l'article XI.332/4 du Code de droit économique, un secret d'affaires au sens de l'article I.17/1, 1°, du même Code, dont il peut avoir connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, ainsi que de divulguer le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle; b) de se livrer ou de coopérer à tout acte de concurrence déloyale ».

⁸¹ V. CASSIERS, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁸² L'article 1, 1., de la directive 2016/943 sur le secret d'affaires dispose que: « Les Etats membres peuvent, dans le respect des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoir une protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites plus étendue que celle qui est requise par la présente directive, sous réserve du respect des articles 3, 5 et 6, de l'article 7, paragraphe 1, de l'article 8, de l'article 9, paragraphe 1, deuxième alinéa, de l'article 9, paragraphes 3 et 4, de l'article 10, paragraphe 2, des articles 11 et 13 et de l'article 15, paragraphe 3 ».

⁸³ A. PUTTEMANS, « Transposition en droit belge de la directive 2016/943 sur les secrets d'affaires » in CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁴ Considérant (16) de la directive (UE) 2016/943 : « Dans l'intérêt de l'innovation et en vue de favoriser la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires (...) ».

confirmé par le législateur belge dans les travaux préparatoires de la loi de transposition⁸⁵. Toutefois, elle détermine les comportements et pratiques devant constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires⁸⁶.

Une augmentation importante de la portée de la protection du secret d'affaires résulte de l'article 4, §2, de la directive, repris au nouvel article XI.332/4, §1^{er} du Code de droit économique. Celui-ci prévoit que l'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur de celui-ci est considéré comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais soit « *d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique ou d'une appropriation ou copie non autorisée de ces éléments, que le détenteur du secret d'affaires contrôle de façon licite et qui contiennent ledit secret d'affaires ou dont ledit secret d'affaires peut être déduit* », soit « *de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale* ».

Sur ce point, la directive diffère du droit belge. En effet le droit belge des secrets d'affaires requiert toujours une faute⁸⁷. Or, aucune faute n'est exigée dans la première branche de l'alternative de l'article 4, §2. À l'inverse, la deuxième branche de l'alternative correspond à ce qui prévalait déjà en droit belge avant l'adoption de la directive, à savoir que l'acte ne sera considéré comme illicite qu'à la condition de l'existence d'une faute.

Ainsi, selon cette disposition, celui qui a accès à un secret d'affaires en raison d'une erreur commise par le détenteur du secret d'affaires sera considéré comme un contrevenant⁸⁸. Dans ce cas, « *l'obtention du secret d'affaires devra malgré tout être considérée comme illicite* »⁸⁹, bien que le contrevenant n'ait commis aucune faute ni négligence. En d'autres termes, l'acte peut être considéré comme illicite indépendamment de toute faute.

La portée de cette disposition peut paraître disproportionnée, voire injuste. Cependant, la directive conditionne l'octroi de dommages et intérêts du contrevenant au détenteur du secret à l'existence d'une faute. En effet, l'article 14 prévoit que des dommages et intérêts peuvent être prévus uniquement pour le « *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* ». Néanmoins, un

⁸⁵ Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3154/001, pp. 5-6, 9, 13, 21 et 31.

⁸⁶ Voy. Considérant (15) de la directive (UE) 2016/943.

⁸⁷ P. CAMPOLINI, « Chapitre 2 - Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires après la transposition de la directive (UE) 2016/943 » in CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁸ L'article 2, 2), de la directive définit le contrevenant comme « toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d'affaires de façon illicite ».

⁸⁹ P. CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 51.

contrevenant indemne de toute faute dans son chef peut toutefois faire l'objet d'injonctions et de mesures coercitives⁹⁰.

Cependant, le législateur belge a décidé de supprimer l'exigence d'une faute ou d'une négligence dans le droit aux dommages et intérêts. En effet, l'article XI.336/5, §1^{er} prévoit que « *le détenteur du secret d'affaires a droit à la réparation de tout préjudice qu'il subit du fait de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite du secret d'affaires* ». Ce choix paraît regrettable car condamner au paiement de dommages et intérêts une personne ayant eu accès involontairement à un secret d'affaires n'a guère de sens dès lors qu'une simple injonction ou une mesure coercitive sont suffisantes dans un tel cas⁹¹.

Une autre nouveauté importante augmentant la portée de la protection des secrets d'affaires apportée par la directive est l'article 9 concernant la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires. Nous y reviendrons au chapitre suivant concernant l'analyse des obstacles au secret d'affaires.

CHAPITRE 3 — LES OBSTACLES AU PRINCIPE DU SECRET D'AFFAIRES : LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET LE DROIT À LA PREUVE

La protection d'un secret d'affaires n'est pas sans limites. Deux limites résultent de deux principes découlant du droit au procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'agit, d'une part, du principe du contradictoire et, d'autre part, du droit à la preuve (section 1).

Ces principes peuvent entrer en conflit avec le principe du secret d'affaires. Or, le secret d'affaires se fonde sur un autre droit fondamental, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il y a dès lors un conflit potentiel entre plusieurs droits fondamentaux. Une tentative de conciliation entre ces différents est dès lors nécessaire (section 2).

⁹⁰ Article 12 de la directive (UE) 2016/943.

⁹¹ P. CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 86-87.

Section 1 — Aperçu des principes et position du problème

Le principe du contradictoire est un principe général de droit découlant du droit au procès équitable⁹². Il trouve donc son fondement dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Celui-ci implique « *le droit pour les parties de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter* »⁹³.

D'une certaine manière, le droit à la preuve est lié au principe du contradictoire. Ce principe peut être défini comme « *le droit de pouvoir rapporter la preuve des faits ou des actes qui sous-tendent le droit invoqué* »⁹⁴. Plusieurs cas de figures peuvent se présenter en cas de conflit entre le droit à la preuve et le secret d'affaires. D'abord, une partie peut avoir besoin d'une preuve en question afin de défendre le droit qu'elle invoque. Soit elle décide de produire cette preuve au risque de se porter préjudice à elle-même, soit elle décide de ne pas la produire et risque alors de perdre son procès pour insuffisance de preuves⁹⁵. En outre, le droit à la preuve peut être exercé par la partie adverse dans le seul but d'avoir accès aux données confidentielles de son adversaire. Dès lors, une partie peut-elle demander la production de données confidentielles tout en sachant que la révélation de telles données pourrait être contraire au principe du secret d'affaires?

Dans l'hypothèse où le détenteur du secret décide de ne pas occulter ces informations, se pose alors la question de savoir si la partie adverse doit nécessairement, en raison du principe du contradictoire, avoir connaissance de ces données, potentiellement dommageables pour son détenteur si celles-ci sont rendues publiques. À l'inverse, l'exercice du droit à la preuve tout en occultant certaines données confidentielles aux yeux de la partie adverse ne constitue-t-il pas une violation du principe du contradictoire? La question se pose alors de savoir comment concilier le secret d'affaires avec le principe du contradictoire.

Le législateur belge a reconnu que le droit belge comportait des lacunes lorsqu'il s'agissait de protéger des données confidentielles lors des procédures judiciaires⁹⁶. Certes, la loi prévoyait certaines mesures de protection, comme la possibilité d'une audience à huis clos, mais ces mesures n'étaient que rarement mises en oeuvre⁹⁷.

⁹² D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 114.

⁹³ Cour eur. D.H., arrêt *Asnar / France*, 18 octobre 2007.

⁹⁴ D. MOUGENOT, *op. cit.*

⁹⁵ D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve », in H. BOULARBAH, F. GEORGES, *Actualités en droit judiciaire*, VOL 145, Larcier, Bruxelles, p. 312.

⁹⁶ Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3154/001, p. 29-30.

⁹⁷ P. CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 77.

Section 2 — Tentative de conciliation entre le secret d'affaires et le principe du contradictoire

Avant l'adoption de l'article 9 de la directive sur les secrets d'affaires (section 2), c'est la jurisprudence qui a d'abord tenté de procéder à cette conciliation (section 1).

Sous-section 1. Par la jurisprudence

Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour européenne des droits de l'Homme considérait que le principe du contradictoire pouvait être violé même si le non-respect de ce principe n'avait pas influencé le résultat du procès⁹⁸. La Cour changera de position en prévoyant plus de souplesse à l'égard du principe du contradictoire depuis un arrêt du 15 février 2007 où elle considèrera désormais que le principe du contradictoire n'est pas violé à condition que son non-respect n'ait aucune influence sur l'issue du procès⁹⁹.

Le principe du contradictoire peut donc s'opposer à la volonté d'une partie au litige de conserver une pièce secrète, rendant l'exercice du droit à la preuve affaibli. En outre, le juge dispose d'un pouvoir d'initiative qui lui est conféré par le Code judiciaire. Ainsi, l'article 877 de ce Code dispose que, « *lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou par un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposée au dossier de la procédure* ».

La combinaison du principe contradictoire et du pouvoir d'initiative du juge peuvent dès lors créer des préjudices irréparables. C'est la raison pour laquelle le principe du contradictoire, lui aussi, n'est pas absolu¹⁰⁰. En effet, par le biais d'une procédure judiciaire, une partie mal intentionnée pourrait être tentée d'avoir accès à des secrets d'affaires de ses concurrents sur la base de l'article 877 du Code judiciaire et du principe du contradictoire.

Pour éviter cet effet pervers, certains auteurs ont suggéré, lorsque les cours et tribunaux ordonnent la production de certaines pièces, que des mesures soient prises afin de respecter le principe du secret d'affaires et que la partie adverse au procès ne puisse connaître ceux-ci¹⁰¹. En d'autres termes, on permet à la partie d'exercer son droit à la preuve sans pour autant que l'exercice de celui-ci, en fin de compte, ne lui porte préjudice en raison du principe du

⁹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Ziegler / Suisse*, 21 février 2002 ; Cour eur. D.H., arrêt *Fortum Corporation / Finlande*, 15 juillet 2003 ; Cour eur. D.H., arrêt *H.A.L. / Finlande*, 25 janvier 2004.

⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Verdy c. Espagne*, 15 février 2007.

¹⁰⁰ D. MOUGENOT, "Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire", *op. cit.*, p. 114.

¹⁰¹ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 297.

contradictoire. Dans cette optique, le tribunal de commerce d’Anvers a estimé que des pièces confidentielles devaient être produites mais que les éléments confidentiels pouvaient être masqués¹⁰².

L’affaire *Varec* de la Cour constitutionnelle¹⁰³ et de la Cour de justice de l’Union européenne¹⁰⁴ illustrent cette tentative de conciliation entre le principe du secret d’affaires et le principe du contradictoire. Comme nous l’avons vu, le fondement du principe du secret d’affaires est l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’Homme et celui du principe du contradictoire se fonde sur l’article 6 de cette même Convention. La Cour constitutionnelle et la Cour de justice devaient donc concilier ces deux articles concernant la passation d’un marché public¹⁰⁵.

Selon la Cour de justice, le principe du contradictoire n’est pas absolu. En effet, dans certains cas, elle constate la nécessité « *de ne pas communiquer certaines informations aux parties afin de préserver les droits fondamentaux d’un tiers ou de sauvegarder un intérêt public important* » (point 47). Or, parmi ces droits fondamentaux figure notamment l’article 8 de la Convention, fondement du principe du secret d’affaires. La Cour concilie les deux principes en soutenant que le droit d’accès à des données confidentielles doit être mis en balance avec le droit d’autres opérateurs économiques à la protection de leurs secrets d’affaires. Ainsi, la Cour considère que « le principe du contradictoire n’implique pas pour les parties un droit d’accès illimité et absolu à l’ensemble des informations relatives à la procédure de passation en cause qui ont été déposées devant l’instance responsable du recours » (point 51).

Dans cette affaire, la Cour de justice opère en trois temps afin de concilier les deux principes¹⁰⁶. Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur doit transmettre l’intégralité du dossier administratif, y compris les informations confidentielles et les secrets d’affaires (point 53). Ensuite, la communication de certaines informations risque d’entraîner de graves préjudices dans le chef de l’opérateur économique concerné. Ainsi, avant de communiquer ces informations, la juridiction administrative doit donner à l’opérateur économique concerné la possibilité de faire valoir le caractère confidentiel ou de secret d’affaires de celles-ci. (point 54). Enfin, la juridiction administrative doit décider s’il s’agit bien d’informations confidentielles ou de secret d’affaires qui doivent rester secrètes et inaccessibles à l’autre partie.

¹⁰² Comm. Anvers (prés.), 19 février 1987, *Prat. Comm.*, 1987, I, p. 225 ; M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 298.

¹⁰³ C.Const., arrêt n° 118/2007 19 septembre 2007.

¹⁰⁴ C.J.C.E., arrêt *Varec SA c. État belge*, 14 février 2008, C-450/06.

¹⁰⁵ T. BOMBOIS, C. DUBOIS, « La conciliation de la protection du secret d’affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l’arrêt *Varec* de la Cour de justice », *J.T.*, 2008, p. 431.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 430.

Notons que de telles restrictions au principe du contradictoire en raison du caractère confidentiel de certaines informations doivent rester exceptionnelles¹⁰⁷. En outre, bien qu'elle considère que « *les exigences découlant d'une procédure contradictoire sont les mêmes au civil qu'au pénal* »¹⁰⁸, la Cour européenne des droits de l'Homme laisse entendre qu'une restriction au principe du contradictoire en matière civile est possible si cette restriction se fonde sur un motif légitime.

Cet arrêt *Varec* nous paraît toutefois critiquable car la Cour de justice de l'Union européenne donne l'impression de donner un schéma clair afin d'opérer une balance d'intérêts entre deux droits fondamentaux. En réalité, la conciliation entre de tels droits s'appréciera au cas par cas¹⁰⁹. En outre, pour arriver à un tel résultat, la Cour de justice se fonde sur deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme rendus en matière pénale¹¹⁰. Or, l'arrêt *Varec* rendu par la Cour de justice concerne une matière civile.

Sous-section 2. Par le nouvel article 9 de la directive 2016/943

Cet article constitue un apport considérable et a été transposé en droit belge à l'article 871bis du Code judiciaire. Certes, avant l'adoption de cet article, l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire permettait au juge de prendre des mesures visant à garantir la confidentialité de certaines données¹¹¹. L'inconvénient majeur est que ces mesures étaient limitées aux parties et ne concernaient pas les tiers. En outre, elles étaient limitées à la durée de la procédure¹¹².

L'article 9, §1^{er}, de la directive prévoit une interdiction d'utilisation et de divulgation d'une donnée qualifiée de confidentielle par la partie intéressée tant au cours qu'après la fin de la procédure judiciaire. Cette interdiction cessera toutefois d'exister si soit une décision définitive constate que le secret d'affaires allégué ne correspond pas à la définition du secret d'affaires visée à l'article 2, 1), de la directive, soit si « *les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes* ».

¹⁰⁷ Cour eur. D. H., arrêt *Antunes et Pires c. Portugal*, 21 juin 2007.

¹⁰⁸ Cour eur. D. H., arrêt *Galitch c. Russie*, 13 mai 2008, §23 ; Cour eur. D. H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, 18 février 1997, §28.

¹⁰⁹ T. BOMBOIS, C. DUBOIS, *op. cit.*, p. 431.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 430.

¹¹¹ P. CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 78.

¹¹² *Ibidem*.

Autre apport important de cette disposition, le deuxième paragraphe enjoint les États membres à mettre en place des mesures particulières destinées à protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué au cours de la procédure judiciaire. Les États membres doivent au moins adopter des mesures visant à restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie des données confidentielles et aux audiences, et de mettre à la disposition des personnes non-autorisées d'accès une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

L'article 871bis, §4, du Code judiciaire transpose l'article 16 de la directive et prévoit que la violation des mesures visant à garantir le caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires sera sanctionnée d'une amende de 500 à 25.000 euros, sans préjudice des éventuels dommages et intérêts qui seraient réclamés par le détenteur du secret.

CONCLUSION

Le principe de secret d'affaires découle du droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Réticente dans un premier temps, la jurisprudence a fini par reconnaître aux personnes morales le bénéfice de cet article 8. Elles ont dès lors une vie privée et leurs secrets d'affaires sont protégés à ce titre.

Avant la directive relative aux secrets d'affaires, l'ordre juridique belge connaissait déjà le principe de secret d'affaires. Plusieurs instruments juridiques permettaient déjà avant la directive de protéger des secrets d'affaires. Cependant, le droit des secrets d'affaires faisait l'objet de dispositions éparses au sein du droit belge. En outre, aucune disposition légale ne définissait à proprement parler le secret d'affaires.

La directive a eu le mérite de mettre de l'ordre dans le droit belge des secrets d'affaires et, en outre, de proposer une définition du principe claire et complète. À cet égard, la sécurité juridique est accrue. Cependant, certaines notions pourtant centrales dans la directive ne sont pas définies et risquent de porter atteinte à cette sécurité juridique. À titre d'exemple, la deuxième condition d'un secret d'affaires prévue par la directive est l'existence d'une « valeur commerciale ». Normalement, la valeur commerciale correspond à un prix déterminé en fonction de l'offre et de la demande. Or, s'agissant d'informations secrètes, il n'y a pas d'offre et pas de marché¹¹³. Il reviendra à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter ces notions floues afin de poursuivre le travail d'harmonisation.

Pourtant, le législateur belge accorde une grande importance à ce principe général de droit, reconnu comme tel par la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, la portée de la définition même du secret d'affaires est extensive vis-à-vis de celle contenue dans la directive. En outre, le législateur belge ne conditionne pas l'octroi de dommages et intérêts à l'existence d'une faute. Ceux-ci sont automatiques si bien que l'on pourrait se demander si le législateur ne surprotège pas le secret d'affaires.

Enfin, le principe du secret d'affaires ne confère pas une protection absolue et celui-ci est susceptible d'entrer en conflit avec un autre principe général de droit, le principe du contradictoire. Là où le droit belge comportait de nombreuses lacunes, l'article 9 permet de combler celles-ci. Cependant, nous pouvons douter que cette disposition permette au détenteur d'un secret de ne jamais subir aucun dommage en cas de procès. En effet, même si les secrets d'affaires sont bien mieux protégés lors d'une procédure judiciaire depuis cet article 9, le

¹¹³ V. CASSIERS, *op. cit.*, p. 22.

détenteur de tels secrets peut toutefois subir des préjudices liés au fait de la publicité négative d'une telle procédure auprès, par exemple, de ses propres investisseurs¹¹⁴.

¹¹⁴ A. PUTTEMANS, « Transposition en droit belge de la directive 2016/943 sur les secrets d'affaires » in CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 101-135.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

- BALLON, G., « know-how en zijn bescherming », in *Liber Amicorum*, Bruges, Die Keure, 1998, p. 679.
- BOMBOIS T., DUBOIS, C., « La conciliation de la protection du secret d'affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt *Varec* de la Cour de justice », *J.T.*, 2008, p. 431.
- BUYDENS, M., *Droits des brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 308.
- BUYLE, J.-P., "Le secret des affaires: du droit à l'intimité au secret professionnel?", in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- CASSIERS, V., « Les notions clés du régime de protection des secrets d'affaires » in CAMPOLINI, *Secrets d'affaires*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 8.
- DANAU, V., « L'article 309 du code pénal : état des lieux et perspectives », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2018/1, 15 mars 2018, p.145.
- DUPONT, R., « La Directive relative à la protection des secrets d'affaires : quelques perspectives au regard du droit belge », *I.R.D.I.*, 2016, p. 151.
- HERMAN, J., « Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: discretieplicht en concurrentieverbod », *Oriëntatie*, 1988, p. 223.
- KITERI, G., « Les droits fondamentaux des personnes morales », in *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Paris, L.G.D.J., 2013.
- LEVINET, M., *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2012.
- LEVY-BRUHL, H., « La noblesse de France et le commerce à la fin de l'ancien régime, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, T. 8e, n° 8.
- MARCHAL, A., JASPAR, J.-P., *Droit criminel — Traité théorique et pratique*, t. II, Bruxelles, 1975.
- D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve », in H. BOULARBAH, F. GEORGES, *Actualités en droit judiciaire*, VOL 145, Larcier, Bruxelles, p. 312.
- MOUGENOT, D., « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *Revue de droit judiciaire et de la preuve*, 2009, numéro 3.
- MOULY, J., « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in *Le droit au respect de la vie privé au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Droit et justice, n°63, Bruxelles, Bruylant — Nemesis, 2005, p. 302, n° 33.
- PY, E., GARINOT, J.-M., *La protection des secrets d'affaires: enjeux et perspectives*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 99.

TILLEMAN, B., « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », J.T., 1993, p. 550.

Richard, E., "Quelques aspects tenant au secret des affaires en droit commercial", *Revue historique de droit français et étranger*, 1998.

ROMUALD, P., « Les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européennes », *J.D.E.*, 2016, p. 46.

VANDERHAEGEN, G., « Secrets de fabrique », *Les Nouvelles*, t. II, Bruxelles, Larcier, p. 1004.

VAN MENSEL, A., « De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.*, 1981, p. 2016.

VAN DE KERCHOVE, M., *Le secret professionnel*, La Charte, Bruxelles, 2002.

VIRASSAMY, G., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *Rev. trim. dr. com.*, 1988, pp. 180 et s.

Jurisprudence belge

• Tribunaux d'instance

Comm. Bruxelles, 30 janvier 1908, *J.C.B.*, 1908, p. 153.

Corr. Bruxelles, 29 février 1939, *Pas.*, 1941, III, p. 4.

Corr. Verviers, 17 juin 1959, *Ing.-Cons.*, 1959, p. 217.

Prud'hom., Huy, 15 juill. 1936, cité dans A. Naessens, « Verplichtingen en aansprakelijkheid van de werknemer en werkgever in de loop van de arbeidsovereenkomst », in (il fait mit « dans » dans la référence) R. Blanpain (éd.) , *Arbeidsrecht*, II.3, n°31.

T.T. Bruxelles, R.G., n°10.075, résumé dans *Bull. F.E.B.*, 1981, n°1, p. 1784.

• Juridictions d'appel

Anvers, 31 mars 2009, *T.Strafr.* 2009, p. 320.

C.T. Mons, *Rev. Liège*, 1989, p.200.

Gand, 30 décembre, 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 1358.

• Cour de cassation

Cass., 8 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 229.

Cass. 27 septembre 1943, *Pas.* 1943, I, p. 318 et 358.

Cass., 28 sept. 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 48

Cass., 26 sept. 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 47

Cass., 19 février 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 708.

• Cour Constitutionnelle

C. Const., arrêt *Varec*, 19 septembre 2007, n° 118/2007.

Jurisprudence européenne

• Cour de justice de l'Union européenne

C.J.C.E., arrêt *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 24 juin 1986, C-53/85.

C.J.C.E., arrêt *Varec SA c. État belge*, 14 février 2008, C-450/06.

• Cour européenne des droits de l'Homme

Cour eur. D. H., arrêt *Antunes et Pires c. Portugal*, 21 juin 2007.

Cour eur. D.H., arrêt *Asnar / France*, 18 octobre 2007.

Cour eur. D.H., arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989.

Cour eur. D.H., arrêt *Fortum Corporation / Finlande*, 15 juillet 2003

Cour eur. D. H., arrêt *Galitch c. Russie*, 13 mai 2008, §23 ;

Cour eur. D.H., arrêt *H.A.L. / Finlande*, 25 janvier 2004.

Cour eur. D.H., arrêt *Huvig c. France*, 24 avril 1990.

Cour eur. D. H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, 18 février 1997, §28.

Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992.

Cour eur. D.H., arrêt *Ziegler / Suisse*, 21 février 2002.

Cour eur. D.H., arrêt *Verdy c. Espagne*, 15 février 2007.

Législation 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, approuvé par la loi du 23 décembre 1994, M.B., 23 janvier 1997.

Uniform Trade Secrets Act, article 1.4.

Législation européenne

Directive (UE) 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, *J.O.U.E.*, L157/1, 15 juin 2016.

Législation belge

C.D.E., art. I.17/1, art. XI.332/4, art. XI.336/5.

C. jud., art. 19 al. 3, art. 877, art. 877bis.

C. pén., art. 309.

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

Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3154/001.