

Avis du Contrôleur européen de la protection des données

sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

LE CONTRÔLEUR EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 16,

vu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment ses articles 7 et 8,

vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹,

vu le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données², et notamment son article 41, paragraphe 2,

A ADOPTÉ L'AVIS SUIVANT:

1. INTRODUCTION

1.1. Contexte

1. Le 28 novembre 2013, la Commission a adopté une proposition de directive 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 «proposition»)³. Il est indiqué dans l'exposé des motifs de cette proposition qu'elle doit être concrétisée dans le cadre de la stratégie décrite dans la communication de la Commission intitulée «Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle - Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix»⁴.
2. Conformément au considérant 1 de la proposition, la notion de «secrets d'affaires» («trade secrets» en anglais) sous la forme d'«informations commerciales» «va des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs».

¹ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

² JO L 8 du 12.1.2001, p. 1.

³ COM(2013) 813 final.

⁴ COM(2011) 287 final.

3. Compte tenu de l'importance évidente des données à caractère personnel pour cette proposition, il est regrettable que le CEPD n'ait pas été consulté, comme l'exige l'article 28, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 45/2001. Le présent avis est donc fondé sur l'article 41, paragraphe 2, dudit règlement.

1.2. Objectif de la proposition et objet principal du présent avis

4. L'objectif de la proposition est d'établir un niveau suffisant et comparable de recours dans tout le marché intérieur en cas d'appropriation illicite d'un secret d'affaires, tout en mettant en place des mesures de sauvegardes suffisantes pour prévenir les abus. Le but est donc d'attirer et de retenir les investisseurs ainsi que de stimuler la confiance dans la compétitivité des entreprises européennes.
5. La proposition contient des dispositions sur la notion de secret d'affaires, sur les circonstances dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires doivent être considérées illicites, ainsi que sur les mesures, procédures et réparations qui devraient être mises à la disposition du détenteur d'un secret d'affaires en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite de ce secret par un tiers⁵.
6. En vertu de la proposition, les États membres seraient tenus de mettre en place des mesures pour protéger les informations secrètes détenues de manière licite par des personnes physiques ou morales. Il y a obtention, utilisation ou divulgation illicites d'un secret d'affaires (article 2 de la proposition de directive) en cas d'absence de consentement du détenteur du secret d'affaires. Par conséquent, la proposition porte essentiellement sur les droits du détenteur du secret d'affaires. Un détenteur de secret d'affaires, dans la mesure où il a le contrôle sur des informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable, sera souvent un responsable du traitement des données⁶ tel que défini à l'article 2, point d), de la directive 95/46/CE et, en tant que tel, il a plusieurs obligations envers les personnes concernées.
7. Le présent avis met en lumière le fait que la proposition doit tenir compte en particulier des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel des personnes concernées dont des données à caractère personnel sont susceptibles de constituer une partie ou l'ensemble des secrets d'affaires en question.

2. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

8. Le CEPD se félicite que la proposition témoigne d'une sensibilisation à l'importance de la protection des données. Le considérant 23 dispose que la proposition de directive *«respecte les droits fondamentaux [...] reconnus [...] par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection des données à caractère personnel [...]»*. Le considérant 24 fait expressément référence à l'importance de ces droits pour *«toute personne concernée par un litige»* concernant des secrets d'affaires. L'article 8, paragraphe 4, relatif au caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires, exige explicitement que tout traitement de données en vertu de cet article soit effectué conformément à la directive 95/46/CE.

⁵ Voir l'exposé des motifs de la proposition, section 5.

⁶ Plus précisément, une «personne physique ou morale [...] qui, seul[e] ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel». Voir également l'article 2, points a) et b), concernant les définitions de «données à caractère personnel» et de «traitement de données à caractère personnel», et l'article 3 relatif au champ d'application de la directive 95/46/CE.

9. Néanmoins, il convient de préciser davantage la notion de «secret d'affaires» et de clarifier les mesures de sauvegarde afin de tenir compte comme il se doit des effets potentiels de la proposition sur les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel⁷.

3. OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

3.1. Importance des données à caractère personnel pour la définition du secret d'affaires

10. D'après l'article 2, paragraphe 1, de la proposition de directive, 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 de 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 licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes».*

11. Le considérant 1 semble développer cette définition, en indiquant que les secrets d'affaires comprennent les «savoir-faire» et les «informations commerciales» des entreprises couvrant *«une large gamme d'informations, qui va des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires ou les études et stratégies de marché».* L'annexe 21 de l'analyse d'impact, relative aux conséquences sur les droits fondamentaux, est plus explicite lorsqu'elle affirme (p. 254) que *«Les informations détenues au titre de secrets d'affaires (comme une liste de clients, des ensembles de données internes contenant des données issues de la recherche ou autre) peuvent inclure des données à caractère personnel».*

12. La notion de «secret d'affaires» est encore abordée dans la section 2.1.1 et l'annexe 4 de l'analyse d'impact accompagnant la proposition, où plusieurs propositions de définition et termes similaires plus ou moins courants sont énumérés. Un graphique y est également représenté pour tenter de décrire les types d'«informations confidentielles»: les secrets d'affaires y figurent en tant que sous-ensemble des «informations commerciales», lesquelles sont elles-mêmes distinctes des «informations personnelles». (Cette représentation semble contradictoire avec l'extrait susmentionné du considérant 1 de la proposition). Quatre catégories de secrets d'affaires sont décrites, à savoir les «secrets liés à des produits très précis», les «secrets technologiques», les «informations commerciales stratégiques (y compris les listes de clients)» et les «collectes privées de différentes informations publiques».

13. Les modèles économiques émergents dans certains des secteurs qui connaissent la croissance la plus rapide de l'économie reposent sur la disponibilité de quantités massives de données sur les clients et leur comportement ainsi que sur la capacité de collecter et de monétiser ces données. Une partie considérable de ces données sont donc des données à caractère personnel concernant des personnes physiques identifiées

⁷ Voir, par exemple, le point 14 du présent avis, qui propose de remplacer l'article 8, paragraphe 4, par un renvoi général à la directive 95/46/CE.

ou identifiables, dont le traitement reste soumis aux droits et obligations prévus par la directive 95/46/CE, même après l'agrégation ou la «pseudonymisation» de ces données, tant qu'elles peuvent toujours être reliées à une personne physique identifiable⁸.

14. L'importance des *données à caractère personnel*, qui sont définies à l'article 2, point a), de la directive 95/46/CE, pour la notion de «secret d'affaires» devrait donc être reconnue plus explicitement dans la proposition, en particulier à l'article 2 et dans les considérants 1 et 28. Afin d'assurer le respect de la directive 95/46/CE, cette reconnaissance devrait en outre être reflétée sous la forme d'une disposition générale applicable à tous les traitements de données à caractère personnel conformément à la proposition de directive, et pas seulement au traitement au cours des procédures judiciaires (comme envisagé dans le considérant 24 et à l'article 8, paragraphe 4).

3.2. Secrets d'affaires, secrets d'entreprise et propriété intellectuelle

15. Indépendamment de toute confusion quant à la *nature* d'un secret d'affaires, l'analyse d'impact souligne⁹ que ce *n'est pas* la même chose qu'un droit de propriété intellectuelle, qui est différent à divers égards, notamment en ce que ce dernier confère à son détenteur un droit exclusif d'utiliser les informations. Par conséquent, l'intention expresse (au considérant 28) de la proposition de directive est de ne pas «avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines tels que les droits de propriété intellectuelle». D'après ce considérant, en cas de chevauchement avec la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, c'est la proposition de directive qui devrait prévaloir «en tant que *lex specialis*».
16. Un secret d'affaires est également, d'après l'analyse d'impact, même si ce n'est pas indiqué dans le texte même de la directive¹⁰, différent des «informations commerciales confidentielles» ou des «secrets d'entreprise» («business secrets» en anglais), qui sont déjà reconnus par l'Union européenne comme nécessitant une protection. Le principe de protection de ces informations est énoncé à l'article 339 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui interdit aux institutions de l'Union, aux membres des comités et au personnel de «divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient». Ce principe a été étendu, par le droit dérivé, aux agences de régulation de l'Union et aux autorités nationales dans les règles sur les établissements et les marchés financiers, la concurrence et la passation de marchés publics¹¹. La Cour de justice de l'Union européenne a, conformément à l'analyse d'impact, recensé trois critères pour déterminer si les informations constituent un secret d'entreprise:
 - a. le fait que les informations ne sont connues que par un nombre restreint de personnes;
 - b. le fait qu'il s'agisse d'«informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de

⁸ Avis n° 4/2007 du 20 juin 2007 du groupe de travail «Article 29» sur le concept de données à caractère personnel, WP136, p. 18 à 21.

⁹ SWD(2013) 471 final, section 2.1.1, p. 12 et 13.

¹⁰ SWD(2013) 471 final, annexe 4, section A4.2, p. 112.

¹¹ SWD(2013) 471 final, p. 114 à 116.

celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci»¹²;
et

c. le fait que «les intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation de l'information soient objectivement dignes de protection»¹³.

17. Ces critères de définition d'un secret d'entreprise se chevauchent avec la définition du secret d'affaires donnée à l'article 2, paragraphe 1, de la proposition de directive: les deux notions suggèrent que des mesures ont été prises pour que les informations restent secrètes ou confidentielles et que leur divulgation pourrait, d'une certaine manière, léser les intérêts commerciaux, voire éventuellement leur porter préjudice. Si la notion de «secret d'entreprise» semble plus vaste que celle de «secret d'affaires» (telle que présentée dans la proposition), certaines informations pourraient relever des deux catégories. Il convient d'opérer une distinction plus précise entre ces deux notions dans le texte même de la proposition de directive afin d'assurer une sécurité juridique suffisante aux personnes concernées. Il y a également lieu de définir clairement le rapport entre la proposition de directive et les autres actes législatifs concernant les secrets d'entreprise en cas de chevauchement, de la même manière que le considérant 28 cherche à remédier à tout chevauchement avec les règles relatives aux droits de propriété intellectuelle.

3.3. Droit des personnes physiques d'accéder aux données à caractère personnel (article 4)

18. La proposition et l'analyse d'impact qui l'accompagne se concentrent largement sur l'importance de protéger les droits des détenteurs de secrets d'affaires et d'offrir une protection contre le traitement illicite de données à caractère personnel à la suite de l'appropriation illicite d'un secret d'affaires par un tiers¹⁴. Compte tenu de l'ampleur et de la complexité du traitement des données et de leur lien avec des activités commerciales confidentielles, il est incontestable qu'un certain secret et des normes élevées assurant la sécurité des données sont nécessaires. Cependant, cet aspect doit être mis en balance avec le besoin de transparence quant à la manière dont sont prises les décisions qui ont des incidences sur la vie privée des personnes physiques dont les données sont traitées.

19. Par conséquent, la proposition devrait également tenir compte des obligations des détenteurs de secrets d'affaires en leur qualité de responsables du traitement des données envers les personnes physiques lorsque les données à caractère personnel de ces dernières sont considérées comme un secret d'affaires. En particulier, en vertu de l'article 12 de la directive 95/46/CE, les personnes concernées ont le droit d'accéder aux données traitées et d'obtenir la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données incomplètes ou inexacts. À l'article 18 de la proposition de règlement général sur la protection des données¹⁵, il est envisagé d'étendre ce droit pour permettre aux personnes concernées d'obtenir une copie des données faisant l'objet d'un traitement électronique, y compris, par exemple, les profils sur les réseaux sociaux et les historiques d'achats et de recherches, et de les transmettre à un autre système de traitement automatisé. C'est ce qu'on appelle le droit à la portabilité des données.

¹² Arrêt du Tribunal du 18 septembre 1996 dans l'affaire T-353/94, Postbank/Commission, point 87.

¹³ Arrêt du Tribunal du 30 mai 2006 dans l'affaire T-198/03, Bank Austria Creditanstalt/Commission, point 71.

¹⁴ Voir l'analyse d'impact, SWD(2013) 471 final p. 254.

¹⁵ COM(2012) 11 final.

20. La proposition de directive ne devrait pas toucher aux droits des personnes concernées. Il existe au moins un cas bien documenté d'une société mondiale, qui repose sur le traitement partiel de données à caractère personnel à grande échelle, refusant une demande d'une personne concernée d'accéder aux données à caractère personnel au motif que la divulgation «aurait une incidence négative sur les secrets d'affaires ou la propriété intellectuelle»¹⁶.
21. Par conséquent, le CEPD recommande que l'article 4 de la proposition de directive, qui concerne l'obtention, l'utilisation et la divulgation licites de secrets d'affaires, soit modifié. Cet article devrait préciser que les mesures, les procédures et les recours ne limiteront en aucun cas les droits conférés à la personne concernée par la directive 95/46/CE, et en particulier ses droits d'accéder aux données traitées et d'obtenir la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données incomplètes ou inexactes.
22. De plus, au cas où un conflit surgirait entre le droit à la protection des secrets d'affaires et le droit d'accès aux données à caractère personnel traitées, il pourrait être souhaitable de prévoir une procédure de règlement associant les autorités de contrôle concernées, y compris l'autorité nationale chargée de la protection des données.

3.4. Personnes soupçonnées de commettre une infraction (considérant 24, article 8)

23. Le considérant 24 fait expressément référence à l'importance des droits fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel, à l'égard de «toute personne concernée par un litige» ayant pour objet des secrets d'affaires. L'article 8, paragraphe 4, relatif au caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires exige explicitement que tout traitement de données en vertu de cet article soit effectué conformément à la directive 95/46/CE.
24. Toute enquête ou tout litige concernant une personne soupçonnée d'exercer une activité illégale au moyen de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicites d'un secret d'affaires suppose le traitement de données sensibles en vertu de l'article 8, paragraphe 5, de la directive 95/46/CE. Un tel traitement de données ne peut avoir lieu que dans des conditions strictes, à savoir «sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national». Une référence explicite à ces règles de l'Union sur le traitement des données sensibles au cours des procédures judiciaires est donc recommandée.

3.5. Publication des décisions judiciaires (article 14)

25. L'article 14 de la proposition de directive prévoit la diffusion et la publication intégrale ou partielle de «l'information concernant [une] décision» judiciaire relative à la violation d'un secret d'affaires. Parmi les facteurs à prendre en considération en vue de toute décision ayant trait à la publication en vertu de l'article 14, paragraphe 3, il convient de relever «le préjudice possible que cette mesure pourrait entraîner pour la vie privée et la réputation du contrevenant lorsque celui-ci est une personne physique».
26. Il y a lieu de procéder à un tel exercice de mise en balance du respect de la vie privée et de la transparence et d'évaluation de la proportionnalité. Cependant, le fait que le contrevenant soit ou non une personne physique n'est pas le seul aspect sur lequel l'attention doit être portée. D'après la jurisprudence de l'affaire *Schecke et Eifert/Land*

¹⁶ Voir http://www.europe-v-facebook.org/FB_E-Mails_28_9_11.pdf (consulté le 28 février 2014).

Hessen¹⁷, les personnes morales peuvent se prévaloir de la protection des données à caractère personnel lorsque le nom de la personne morale identifie une ou plusieurs personnes physiques, comme lorsque le nom légal d'une société identifie directement des personnes physiques qui sont des associés de celle-ci. Il est dès lors recommandé de préciser qu'aux fins des décisions relatives à la publication au titre de l'article 14, paragraphe 3, il convient d'examiner si les informations sur le contrevenant identifieraient ou non une ou plusieurs personnes physiques et, le cas échéant, si la publication de ces informations se justifie.

4. CONCLUSION

27. Le CEPD est heureux de constater qu'il a été tenu compte, dans une certaine mesure, d'aspects relatifs à la protection des données dans la proposition et recommande une meilleure intégration du respect des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel grâce aux modifications suivantes:

- a) une référence plus explicite, dans les considérants, à l'importance des données à caractère personnel pour la notion de «secrets d'affaires»;
- b) l'inclusion d'une disposition générale prévoyant que tous les traitements de données à caractère personnel conformément à la proposition de directive sont soumis aux règles établies dans la directive 95/46/CE;
- c) une distinction précise, dans les considérants, entre les notions de «secrets d'affaires» et de «secrets d'entreprise», et plus de clarté quant à l'application des instruments de l'Union en cas de chevauchement;
- d) la précision, à l'article 4, que la proposition de directive ne restreindra nullement les droits conférés à la personne concernée par la directive 95/46/CE, et en particulier son droit d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement; une disposition (le cas échéant) prévoyant une procédure de règlement en cas de conflit entre la protection de secrets d'affaires et le droit d'accéder aux données à caractère personnel;
- e) une référence explicite, à l'article 8, aux règles européennes visées à l'article 8, paragraphe 5, de la directive 95/46/CE sur le traitement des données sensibles, comme sur la suspicion d'activité illégale au cours de procédures judiciaires; et
- f) la précision, à l'article 14, qu'aux fins des décisions relatives à la publication d'informations sur l'issue des procédures judiciaires (article 14, paragraphe 3), il conviendrait d'examiner si les informations sur le contrevenant identifieraient ou non une ou plusieurs personnes physiques et, le cas échéant, si la publication de ces informations se justifie.

Fait à Bruxelles, le 12 mars 2014.

Peter HUSTINX
Contrôleur européen de la protection des données

¹⁷ Arrêt de la Cour de justice du 9 novembre 2010 dans les affaires jointes C-92/09 et C-93/09, Schecke et Eifert, en particulier les points 81, 85 et 86, dans lesquels la Cour a souligné que les dérogations et les limitations relatives à la protection des données à caractère personnel ne doivent s'appliquer que si c'est strictement nécessaire; voir également le document du CEPD intitulé «Accès du public aux documents contenant des données à caractère personnel après l'arrêt rendu dans l'affaire Bavarian Lager» du 24 mars 2011, en particulier le chapitre III.