



Sommaire

Editorial P.1

Tribune P.2

Analyse P.4

Focus P.7

A vrai lire P.10

EDITORIAL

Une loi sur les secrets des affaires en vue ?

Comme les marins ayant navigué loin de leur port d'attache depuis plusieurs mois, après s'en être remis aux caprices des vents, aux grés des flots et aux astres, nous serions désormais tenté de saluer la nouvelle initiative sur le secret des affaires comme une terre hospitalière symboliquement soulignée par un cri heureux et salvateur de la vigie : « terre en vue !! ».

S'il reste encore beaucoup d'écueils à éviter, notamment politiques et juridiques, pour parvenir à une sanctuarisation objective du secret des affaires en droit positif français, nous pouvons saluer cette nouvelle initiative qui a su, jusqu'à cet instant, traverser bien des vicissitudes.

En premier lieu, ne boudons pas notre plaisir à reconnaître que le législateur a su s'inspirer des seules normes indépassables et incontournables telles que contenues dans les Accords sur les Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ou « ADPIC » - notamment l'article 39.2), formant annexe au Traité de Marrakech instituant l'OMC en 1994, à laquelle la France a adhéré. Il était impératif, ainsi que l'Union Européenne l'a rappelé quant à elle dans son projet de directive rendu public le 28 novembre 2013, de s'inscrire dans cette disposition supra-

ationale, laquelle forme la « seule fenêtre de tir » possible pour entreprendre une telle législation sur le secret des affaires. Nous l'avons toujours souligné et porté dans les travaux et groupes de travail auxquels nous avons contribué. Dont acte. Cette exigence de conformité doit être approuvée.

Alors certes, on pourra s'étonner qu'une loi de transposition soit adoptée avant la Directive elle-même censée imprimer le cap. A cet égard, on comprendra aisément que l'initiative française soit attentivement suivie par Bruxelles. Toutefois, pour la France, le temps presse car – ainsi que nous le rappelle la CCI France, se prêtant à l'exercice comparatif que nous avons nous-même pratiqué pour la Revue Internationale d'Intelligence Economique – la France demeure un des derniers pays à n'avoir pas de loi protégeant le secret des affaires. Elle est démunie et le besoin d'adopter un tel référentiel est criant. En second lieu, avons le plaisir d'accueillir dans nos colonnes la tribune de Madame Claude REVEL, Déléguée Interministérielle à l'Intelligence Economique. Nous lui faisons la faveur toute légitime de revenir sur certaines dispositions emblématiques.

Afin de nourrir la réflexion sur ce sujet majeur, nous nous autorisons une analyse constructive faisant néanmoins apparaître

des omissions dans la proposition de loi que les travaux à venir pourraient combler.

Et pour conclure notre propos, nous laissons le philosophe s'exprimer sur un sujet aussi sensible :

« Entre secret et divulgation, une tension permanente traverse en fait notre époque, plus intensément qu'aucune autre. Nos moyens de tout surveiller, de recouper les informations, de pister les trajectoires se démultiplient. La nécessité de préserver l'anonymat, la vie privée, les secrets personnels ou industriels devient à la fois plus impérieuse et plus malaisée à mettre en œuvre. On se prend à rêver d'un nouvel art de la dissimulation, d'une sorte de cachotterie bien tempérée. Quelques règles de base pourraient y présider.

Cesser de croire, par exemple, que toute occultation cache un acte délictueux. Il y a bien évidemment des ombres légitimes et des opacités vertueuses. Il ne serait pas malvenu de nous souvenir que le secret a ses vertus. »

Soyons donc vertueux !

Par **Olivier de MAISON ROUGE**
Avocat – Docteur en droit
Rédacteur en chef du BSA

¹ Olivier de MAISON ROUGE « La protection des secrets d'affaires à l'étranger : exercice de droit comparé », Revue Internationale d'Intelligence Économique, Série Publications Numériques, Janvier 2012.

² DROIT Roger-Pol, « Dangereuse transparence », in Les Echos, n°21046 du 26 octobre 2011



© Portail de l'IE - 2012 - www.portail-ie.fr

TRIBUNE

Secret d'affaires, un texte très attendu

Par Claude REVEL et Sophie SALAÛN,
Délégation interministérielle à l'Intelligence économique

La mondialisation irrigue aujourd'hui tous les secteurs de notre économie. Ce mouvement est stimulant pour la production et la diffusion de savoir-faire de nos entreprises, mais recèle également des risques. La captation et l'utilisation d'informations qualifiables de secrets d'affaires en font partie.

Ce sujet est d'autant plus sensible que le lien est fort entre les notions de secrets d'affaires et d'innovation. Or, l'innovation est un facteur potentiel essentiel de croissance pour l'Union européenne et pour la France en particulier. Ce concept induit une dynamique de création, le développement d'une démarche de recherche et développement ainsi que de stratégies commerciales. Ce qui génère une circulation d'informations qui

sont des sources de compétitivité mais aussi des cibles possibles pour des concurrents souvent bien armés juridiquement. Alors que le numérique est présent dans notre quotidien à tous, les menaces qui pèsent sur nos entreprises sont devenues plus diffuses et plus immatérielles.

Dans ce cadre, la proposition de loi déposée le 16 juillet 2014 conjointement par les députés Jean-Jacques Urvoas, président de la

Commission des lois et Bruno Le Roux constitue pour l'avenir un socle juridique essentiel. Ce texte contribuera à mieux protéger les intérêts de nos entreprises. Mais ce projet va au-delà de la protection, il a pour ambition de placer nos acteurs économiques, de grande ou de petite taille, à égalité avec des concurrents originaires de pays dont les systèmes juridiques disposent de ressources qui ne sont pas forcément en vigueur dans les pays de droit continental.

Ces concurrents peuvent user de règles de droit qui énoncent certes l'ambition de promouvoir une plus grande transparence mais peuvent aussi devenir une arme redoutable pour qui ambitionne de capter sans se placer en infraction des informations d'autant plus difficiles à protéger qu'elles sont souvent détenues sur des supports immatériels. La Délégation interministérielle à l'intelligence économique s'est fortement impliquée dans les réflexions qui ont permis d'aboutir à la présente proposition de loi relative au secret des affaires.

Ces réflexions ont été d'autant plus fructueuses que des acteurs très divers (notamment du monde des affaires et de l'entreprise, des juristes et universitaires spécialisés, des responsables d'administration,...) y ont contribué.

Pourquoi un texte spécifique ? Parce qu'il est nécessaire d'identifier explicitement le secret des affaires dans notre corpus législatif, dans un souci de visibilité et d'efficacité. Il n'existait pas de définition de cette notion essentielle et le risque était grand, en l'insérant dans un dispositif déjà existant, d'aboutir à des confusions. Ce domaine particulièrement exposé méritait qu'il lui soit consacré un texte propre.

D'autres Etats en disposent déjà, comme la Suède qui s'est dotée en 1990 d'une loi exclusivement consacrée à la répression des atteintes aux secrets d'affaires (loi 1990:409 du 31 mai 1990 relative à la protection des secrets commerciaux). Aux Etats-Unis, le Congrès s'est mobilisé sur ces sujets. Une proposition de loi intitulée « The Defend Trade Secret Act » a été déposée au Sénat le 29 avril 2014. Il y est notamment proposé de faire remonter les contentieux pénaux et civils au niveau fédéral en faisant, en matière pénale, du vol des secrets d'affaire un crime fédéral. Le texte propose également de renforcer en matière civile les mesures pouvant être prises par le juge fédéral pour enjoindre de ne pas utiliser les secrets ainsi volés. Il vise par ailleurs à permettre aux victimes d'obtenir des dommages et intérêts punitifs plus importants que ce qu'elles pourraient percevoir en évaluant le manque à gagner qu'elles auraient perçu si elles avaient permis à un tiers d'exploiter leurs secrets.

La proposition de loi française a su tirer les enseignements de précédents projets relatifs à ce sujet sensible et, en s'articulant de manière parfaitement cohérente avec le projet de directive européenne en cours de discussion. Elle propose un dispositif robuste, novateur et réellement opérationnel. Ce texte est discuté, et parfois contesté. On ne peut que s'en féliciter, la vivacité des débats démontrant l'actualité du sujet abordé. C'est en effet dans ce contexte stratégique que la Commission européenne a présenté le 28 novembre 2013 un projet de directive sur « la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, dits secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ».

Cette initiative s'inscrit dans le cadre plus large de la stratégie « Europe 2020 », qui a pour objectif de concilier l'amélioration des indicateurs de développement durable en matière de croissance, d'emploi et de protection de l'environnement tout en augmentant la compétitivité de l'Europe au niveau mondial. L'innovation fait partie des initiatives phares de cette stratégie. La proposition de directive de la Commission européenne a été adoptée le 26 mai dernier par le Conseil de l'Union européenne. L'approbation de tous les Etats-membres étant acquise, le projet de texte peut poursuivre son parcours devant les parlementaires européens, dans le cadre de la procédure législative ordinaire de codécision entre le Parlement européen et le Conseil européen. L'examen de cette proposition de directive européenne a débuté le 14 octobre dernier par un échange de vues entre les parlementaires siégeant au sein de la commission des Affaires juridiques.

La Délégation interministérielle à l'intelligence économique est déterminée à maintenir son engagement dans cette dynamique, qui peut être illustrée par cet extrait de l'exposé des motifs de la proposition de directive européenne : « les secrets d'affaires constituent un instrument complémentaire essentiel à la nécessaire appropriation des actifs intellectuels qui constituent les moteurs de l'économie de la connaissance du XXI^e siècle ». Les travaux en cours vont aboutir. Les Etats-membres et la France en particulier disposeront alors de réels moyens de défendre leurs entreprises dans une économie par ailleurs ouverte aux échanges et aux investissements internationaux.

ANALYSE

Proposition de la loi relative à la protection du secret des affaires Pour une critique positive

Par Olivier de MAISON ROUGE,

Avocat, Docteur en droit

Auteur du « droit de l'intelligence économique – patrimoine informationnel et secrets d'affaires » Lamy 2012

Membre du conseil d'administration du Syndicat Français de l'IE (SYNFIE) en qualité de personnalité qualifiée

Membre de la commission « secret des affaires » de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI)

Membre du conseil scientifique de l'Institut de l'IE³

« Le silence et le secret sont des armes indispensables dans toutes les études stratégiques ».

Antoine Riboud

Vouloir légiférer en France sur le secret des affaires semble relever d'une gageure au vu des tentatives antérieures avortées. Faute pour la France d'avoir pu intégrer jusqu'à présent un dispositif relatif aux informations économiques non révélées, Bruxelles a-t-elle voulu montrer la voie à entreprendre, œuvrant désormais à un substantiel projet de Directive sur le secret des affaires, publiquement connu depuis le 28 novembre 2013, la présidence grecque ayant depuis lors largement fait avancer cette initiative heureuse.

Il n'échappera à personne que ce projet de Directive constitue désormais une feuille de route incontournable et un horizon juridique indépassable. D'ailleurs, le projet Urvoas ne semble pas s'en éloigner ce qui est heureux.

En préambule, sur la source d'inspiration commune

En constitue le socle normatif l'accord ADPIC – à savoir l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – qui est une annexe au Traité de Marrakech du 14 avril 1994, instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Il n'est pas nécessaire de rappeler que les principes directeurs de cet organisme multilatéral tendent à l'éradication des droits de douanes en vue de parvenir à la libre circulation des marchandises, au niveau mondial.

Précisément, se voulant l'exception au principe affirmé, l'accord ADPIC crée une catégorie de droits dérogatoires échappant à cette dérégulation. Cela en constitue même

l'essence.

Ce faisant, l'accord ADPIC vise nommément :

1. les droits d'auteur et droits connexes,
2. les marques de fabrique ou de commerce,
3. les indications géographiques,
4. les dessins et modèles industriels,
5. les brevets,
6. les schémas de configuration de circuits intégrés
7. et la protection des renseignements économiques non divulgués (les secrets d'affaires).

A cet égard, **l'OMC range en conséquence les secrets d'affaires parmi les droits de propriété intellectuelle** (article premier §2. ADPIC).

La Commission européenne ne s'y est pas trompée, en prenant scrupuleusement soin d'aborder les secrets d'affaires sous l'angle de la propriété intellectuelle dans le projet de directive. En effet, le choix de l'option strictement commerciale aurait inévitablement conduit à enfreindre les dispositions de l'OMC qui sanctionne toute réglementation contraignante visant à limiter les échanges économiques. Or, le secret des affaires est sans conteste un obstacle à la circulation sans restriction des renseignements économiques puisqu'il crée un monopole de fait par son détenteur sur l'information stratégique, faute pour ses rivaux d'en disposer.

CECI PREALABLEMENT EXPRIMÉ, au titre des considérations générales cette proposition parlementaire de loi (PPL) française relative à la protection du secret des affaires doit recevoir un assentiment général. En substance, elle reprend en grande partie les préconisations figurant en conclusions de notre ouvrage (« Le droit de l'intelligence économique - Patrimoine informationnel et secrets

d'affaires », coll. Lamy Axe Droit, 2012).

Nous nous proposons d'en étudier les principaux aspects assortis le cas échéant de préconisations constructives visant à son amélioration positive :

§1. Sur la définition du secret des affaires

La définition retenue est très satisfaisante car elle reprend ni plus ni moins, celle de l'article 39.2 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

En ce sens, cette définition, qui devrait faire l'unanimité sauf à être davantage rédigée selon les critères sémantiques et juridiques du droit européen, constituera – enfin – un étalon légal tant attendu et nécessaire dans le cadre du droit positif français au profit des entreprises souhaitant protéger juridiquement leurs savoir-faire et connaissances innovantes non brevetées.

→ **La formulation doit être conservée en l'état, sans ajout ni soustraction.**

§2. Sur le volet civil – ou plutôt commercial – du secret des affaires

De toute évidence, le volet civil a largement été favorisé dans ce texte, à l'instar de la directive européenne.

Etonnamment, la principale critique sur ce choix a été indirectement émise par des sénateurs (avant l'alternance de l'automne 2014), aux termes d'une proposition de résolution européenne (visant la Directive) présentée par Mme Sophie JOISSAINS, Sénateur⁴, énonçant qu'une telle initiative législative ne doit pas aboutir à la création d'un « dispositif autonome de responsabilité civile » distinct du

droit commun, ce qui est pourtant le cas dans la PPL URVOAS.

Ce différend devra être désormais tranché entre députés et sénateurs ...

Quant au choix du Code de commerce, bien que ce code ne soit pas exclusif, n'y a-t-il pas un risque de restriction évidente à vouloir enfermer les secrets d'affaires dans un ensemble essentiellement applicable aux commerçants, personnes physiques ou personnes morales, à l'exclusion des artisans, professions libérales, consommateurs et salariés ?

Le livre I du Code de commerce nous semble d'ailleurs mal choisi car il est un espace hétérogène comprenant la définition légale du commerçant, traitant des courtiers et agents commerciaux et du fonds de commerce, ne convenant pas aux secrets d'affaires.

→ **Le livre III, dédié aux règles de concurrence, serait davantage susceptible d'accueillir les dispositions légales relatives aux renseignements économiques non divulgués.**

§3. Sur la procédure instituée

Il faut admettre que ce volet est particulièrement bien abordé avec notamment un périmètre de confidentialité instauré dans la procédure, ce qui est tout à fait louable. En cela, la PPL ne fait finalement que reprendre directement les dispositions du projet de directive (de même qu'une partie de nos suggestions). Rappelons que l'article 42 de l'accord ADPIC prévoit une procédure ad hoc.

3.1. Des mesures processuelles efficaces

En l'occurrence, au titre des voies de recours dont seraient investies les victimes, sans exclure pour autant la voie pénale, la PPL intègre largement un dispositif de responsabilité civile, bien au-delà de la seule responsabilité découlant des dispositions de l'article 1382 du Code civil, dans la mesure où :

- la juridiction saisie pourra ordonner des mesures d'interdiction provisoire (saisie, injonction ...) ainsi que des mesures conservatoires ;
- il est possible de solliciter des mesures « correctives » se traduisant notamment par l'interdiction d'importation et d'exportation de

produits fabriqués en infraction avec la violation de secrets d'affaires mais encore par la cessation de la production, voire la destruction des marchandises qui en sont issues ;

- la publication par voie de presse ou sur tout autre support de la décision stigmatisant un acteur économique ayant agi en violation des secrets d'affaires est envisagée.

En cela, la procédure est directement inspirée de la procédure de défense et de sauvegarde des droits de propriété intellectuelle, ce qui nous réjouit.

3.2. Des dommages et intérêts en conséquence

Ce point sera certainement le plus délicat à faire valoir, dans la mesure où jusqu'à présent, en matière de concurrence déloyale dans les cas de détournement de fichiers confidentiels et/ou de clientèle, la réparation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, était calculée exclusivement sur le dommage subi et avéré.

L'Europe se refusant à reconnaître les dommages et intérêts punitifs comme cela se pratique Outre-Atlantique, la solution médiane, et parfaitement acceptable, énoncée par la PPL est, certes la prise en considération du préjudice constaté, mais encore, le cas échéant, les conséquences économiques négatives tel que le manque à gagner, les bénéfices réalisés par le contrevenant ... Ce faisant, le droit positif français s'alignerait également sur la réparation des atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle.

3.3. La consécration d'un périmètre de protection judiciaire du secret

Autre motif de satisfaction, la procédure judiciaire, que nous avons souvent présentée comme étant un mode légal de collecte d'informations confidentielles, pourra être aménagée, au moyen de mécanismes permettant d'assurer la confidentialité de l'évocation des secrets d'affaires.

Ce mode opératoire se traduit par :

- La définition d'un périmètre de confidentialité pour les parties (avocats, experts, témoins). Cela devra nécessairement obliger les avocats à limiter la communication des éléments du dossier à leur client, comme cela se pratique en matière pénale, avec plus ou moins de rigueur, faut-il l'avouer.

- Une restriction dans l'accès aux pièces produites au cours de la procédure.
- Une restriction à l'accès aux audiences pénales.

→ **Au titre des préconisations, et pour compléter utilement ce dernier point, il faudra impérativement corriger l'absence de possibilité à ce jour de solliciter une audience en chambre du conseil (huis clos civil) en prévoyant de modifier l'article 435 du Code de procédure civile par voie réglementaire pour permettre aux renseignements économiques non divulgués d'être évoqués en dehors du public. Cela n'est toutefois pas du ressort du législateur.**

→ Par ailleurs, toujours au titre des oublis manifestes, compte tenu de l'audace s'agissant des communications restreintes de pièces, **il eut été possible d'imaginer deux rédactions du jugement, comme cela est pratiqué par l'Autorité de la Concurrence, une version exhaustive étant transmise aux parties et à leurs avocats, l'autre, rendue publique, étant élaguée des éléments relatifs aux secrets d'affaires.**

En cela, l'article 451 du Code de procédure civile pourra être amendé, sachant qu'un tel mécanisme est prévu par le projet de Directive.

§4. Un grand absent : le volet social

Bien qu'étant très fortement inspirée des principes de la propriété intellectuelle, rejoignant nos souhaits précédemment exprimés, nulle part la PPL ne fait mention d'un éventuel droit de propriété (ou titularité) des informations économiques non révélées ce qui est un requis préalable pour faire reconnaître ses droits en cas d'atteinte.

En outre, à l'instar des droits « industriels », il serait nécessaire à l'investisseur/employeur de se voir reconnaître la propriété des secrets d'affaires issus de créations intellectuelles dont le Code de la propriété intellectuelle ne fait pas l'économie à cet égard.

C'est pourquoi, s'inspirant notamment des règles relatives aux bases de données, nous avons antérieurement préconisé un principe légal de présomption simple de propriété des secrets d'affaires afin de permettre à son titulaire (ou « détenteur légitime ») de pouvoir

notamment les invoquer devant les tribunaux.

→ **Il pourrait être intégré la rédaction suivante :**

« **Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les secrets d'affaires constitués par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer et à les protéger.**

Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif. »

De même, afin de renforcer et d'élargir la protection du secret des affaires, et d'aller au-delà des seules dispositions du Code de commerce par trop restrictif, il conviendrait, à l'instar du dispositif légal prévu pour les secrets de fabrication – qui lui serait substitué - de faire un renvoi dans le Code du travail, en reprenant littéralement certaines dispositions qui seraient ainsi directement étendues aux salariés.

→ **L'article L. 1227-1 du Code du travail serait remplacé par :**

« **Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou tenter de révéler, d'obtenir frauduleusement ou tenter d'obtenir frauduleusement, de détourner ou de tenter de détourner des informations relevant du secret des affaires au sens de l'article XXX du Code de commerce est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 € (...)** »

§5. Sur le volet pénal

Il nous faut constater que le groupe de travail Urvoas a repris le quantum des peines adopté dans le cadre du projet Carayon que nous avions préconisé lors de notre audition devant la Commission des Lois. Il est aligné sur l'abus

de confiance, dispositif de droit pénal général qui avait jusqu'à présent prévalu devant les tribunaux répressifs.

Toutefois, à trop vouloir s'éloigner de la sanction pénale pour privilégier délibérément la voie civile, la PPL rate partiellement sa cible et méconnaît les principes directeurs de la lutte contre l'espionnage économique pourtant affichée dans l'exposé des motifs.

On ne peut qu'être surpris par l'introduction d'un délit de « prise de connaissance ».

De toute évidence, il n'échappera à aucun juriste qu'une telle expression, littéraire, mais par trop approximative, ne peut répondre en l'état aux critères d'un texte répressif.

Cette association de vocables peu en usage dans la matière, doublé d'un flou pour le moins équivoque, encourt l'inconstitutionnalité en regard du principe de légalité des peines et des délits. Il convient de se rappeler la sanction du Conseil constitutionnel, au motif d'imprécision dans la formulation, censurant la loi LOPPSI 2, quant à la tentative de créer une profession réglementée d'intelligence économique⁵.

L'expression employée ne recouvre pas la mise en œuvre de procédé frauduleux et/ou intentionnel.

A cet égard, il n'est pas rare de voir être révélée une information économique confidentielle (lancement d'un produit, plan stratégique de développement commercial, ...) dans des revues et périodiques. Tandis que l'auteur de l'article ne serait pas poursuivi en qualité de journaliste (exclusion prévue par la PPL), faudrait-il alors mettre en examen son lecteur ?

Fort à propos, la directive pour sa part vise « les circonstances dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est illicites ». Cela ne se retrouve pas dans la PPL URVOAS.

Par ailleurs, des professionnels s'émeuvent, à juste titre, d'un texte répressif aussi ambigu, craignant le risque de voir leurs activités – pourtant nobles et légitimes – être sanction-

nées sur le fondement de ce texte. Acteurs de l'IE en matière de veille et de collecte légale d'informations pertinentes, ARP, documentalistes, contrôleurs risques, agents de recouvrement de créances, analystes commerciaux et financiers, auditeurs ... qui se nourrissent de données stratégiques.

→ **C'est pourquoi il faudra préférer à cette expression passive, subjective et trop hasardeuse, conférant un sens plus actif dans la commission de l'infraction, d'autant que le droit pénal étant d'interprétation stricte, il ne peut souffrir aucun imprécision légale :**

- **l'obtention frauduleuse ;**
- **la captation frauduleuse ;**
- **ou encore l'appropriation frauduleuse.**

Sans se prononcer davantage sur le fond du texte retenons un volet civil fort bien traité, car directement inspiré des lignes directrices de l'accord ADPIC (et de celles imprimées par la Commission européenne), tant dans la définition qui nous est donnée du secret des affaires, que dans les règles procédurales adaptées que nous avons toujours préconisées et réclamées (outre des mesures provisoires et conservatoires, ainsi que des dommages et intérêts susceptibles d'être alloués pour réparation du préjudice négatif).

Il faudra étendre à un volet social qui fait défaut pour l'heure.

En revanche, nous pensons que le volet pénal, pour satisfaire le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, devra être utilement amélioré, dès lors que le parti pris a été de créer une infraction pénale à part entière. Nous voudrions éluder une nouvelle malédiction en pareille matière qui n'est pas à exclure en l'état. Un arsenal dissuasif de cette nature ne peut souffrir une ambiguïté certaine qui conduirait à le rendre inopérant.

Comme tout projet, ce texte comporte naturellement des lacunes, cela étant, il convient de garder à l'esprit le mot de Portalis, qui fut l'un des rédacteurs du Code civil des français en 1804 qui a ensuite irrigué toute l'Europe : « La loi ne peut tout prévoir, et ne le doit pas, sous peine de figer l'évolution des règles. »⁶

³ Les propos de l'auteur n'engagent pas les institutions dont il est membre.

⁴ Proposition de résolution européenne enregistrée à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.

⁵ C constit, 10 mars 2011, n°2011-625 DC.

⁶ Discours Préliminaire au Code civil.

FOCUS

La diversité du secret des affaires en europe

Par Elie Lounis,

Chargé d'études à la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France.

Dans le contexte d'une future réglementation européenne du secret des affaires, la Commission a été amenée à examiner et jauger la législation des différents Etats membres. Forte de deux importantes études menées par des cabinets anglo-saxons, l'analyse de Bruxelles laisse bien peu de place au doute.

Un constat cinglant révèle que, malgré l'adoption d'une définition internationale des « renseignements non-divulgués » dans le cadre de l'ADPIC, les pratiques nationales en matière de secret des affaires sont très hétérogènes.

La justification, par la Commission, de son initiative législative sur le fondement de l'article 114 du TFUE (visant au rapprochement des législations) entérine de jure cette présentation des faits : l'Union européenne fait figure de vase brisé et la Commission voudrait bien s'appliquer à recoller les morceaux...

Il ressort de la proposition de directive que la Commission a trouvé une source fertile d'inspiration dans la disparité des législations nationales, afin de dresser le canevas de la réglementation de demain.

Au fond, pouvait-elle véritablement en faire l'économie ? Une réponse négative semble devoir s'imposer.

Un tel éclairage de droit comparé met en évidence la richesse – et parfois la pauvreté – des droits nationaux ; il conduit également à identifier précisément les divergences des législations nationales.

Ce phénomène s'exprime tant sur le terrain des notions (I) que sur celui des régimes juridiques du secret des affaires (II).

I. LA DIVERSITE DES NOTIONS DE SECRET DES AFFAIRES

Il n'existe pas une unique, mais bien une pluralité d'approches de la notion de secret

des affaires en Europe, qui se manifeste notamment du point de vue des sources du droit (A) et des définitions nationales du secret des affaires (B).

§1. Les sources du droit du secret des affaires : entre divergence de considération et divergence de conception

La place accordée à la notion de secret des affaires en tant que concept juridique diffère d'un pays à l'autre ; parallèlement, tous les Etats ne s'accordent pas sur le champ disciplinaire dont relève la notion. Il existe en somme une divergence de considération par les pouvoirs publics nationaux et de conception de la notion de secret des affaires.

En premier lieu, la plupart des commentateurs, à commencer par la Commission européenne elle-même, constatent que le degré de spécificité de la norme nationale sur le secret des affaires varie sensiblement suivant le pays considéré.

Schématiquement, trois catégories d'Etats membres sont identifiables suivant ce critère de spécificité.

D'abord, dans une première catégorie, peuvent être classés les Etats qui ont prévu une législation spécifique et autonome, exclusivement dédiée au secret des affaires. Il s'agit typiquement là du modèle américain, qui consacre des dispositions propres à cette matière et les insère dans des instruments dédiés. Sur le continent européen, seule la Suède s'est dotée, il y a maintenant près d'un quart de siècle, d'une législation exclusivement consacrée à la répression des atteintes aux secrets d'affaires. Le droit suédois intègre un corpus complet de règles, tant sur le terrain civil que pénal.

Ensuite, une deuxième catégorie regroupe les Etats membres qui ont prévu des dispositions

spécifiquement applicables à la protection des secrets d'affaires, mais qui les insèrent dans des textes à vocation plus générale.

Enfin, la troisième catégorie d'Etats est composée de ceux qui n'ont aucune disposition spécifique traitant de la protection des secrets d'affaires. C'est notamment le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande.

Pour autant, il ne faut pas se méprendre sur la réalité de la protection dans ces derniers pays : malgré l'absence de dispositions particulières qui les caractérisent, ces Etats assurent bel et bien la sanction de la violation des secrets d'affaires. Ils le font simplement sur des fondements non prévus pour cet effet. Le droit anglais illustre parfaitement cette pratique. Dans le système britannique, les secrets d'affaires sont protégeables à la fois sur le terrain général de la common law of confidence, et sur la base d'actes plus spécifiques, mais dont les dispositions n'ont pas été spécialement conçues pour protéger les secrets d'affaires.

En second lieu, un autre constat conduit à observer que tous les pays ne font pas entrer la thématique de la protection du secret des affaires dans le même champ disciplinaire.

A cet égard, trois grandes familles de pays méritent d'être distinguées.

D'abord, ceux qui rattachent la question de la protection des secrets d'affaires essentiellement au droit de la concurrence déloyale (par exemple, l'Allemagne, l'Espagne, la Grèce, ou encore la Suisse).

Ensuite, ceux qui y voient davantage une problématique de droit de la propriété intellectuelle (notamment l'Italie, la Slovaquie ou le Portugal). Cette approche n'est pas neutre puisque certains des Etats qui adoptent ce point de vue vont jusqu'à appliquer la directive « enforcement » de 2004 aux informations commerciales confidentielles. En découle

notamment la possibilité pour le détenteur de procéder à une saisie-contrefaçon, à bénéficier des règles spécifiques de calcul des dommages et intérêts etc. L'Italie, ainsi, a fait ce choix, ce qui n'a d'ailleurs pas manqué de susciter l'initiative de la Commission européenne pour articuler cette pratique avec la future directive ...

Enfin, il faut compter sur les pays qui prévoient des dispositions applicables aux secrets d'affaires dans d'autres branches du droit que les deux précitées (notamment en droit du travail, ou en droit des sociétés). Tel pourrait être, semble-t-il, le cas de la France, dont la protection des secrets de fabrique – le seul dispositif qui soit véritablement formalisé par un texte – est assurée au premier chef par une disposition du Code du travail .

Bien entendu, il ne faut pas concevoir ces trois familles de façon trop rigide, en les entendant comme étant parfaitement étanches. L'exemple Allemand témoigne au contraire de leur porosité. En effet, parallèlement à l'UWG, qui traite de façon générale la question de la violation des secrets d'affaires, d'autres dispositifs existent, en droit du travail et en droit des sociétés...

Par-delà les sources, la définition du secret des affaires n'est pas homogène dans les différents pays européens.

§2. Les définitions du secret des affaires : une harmonisation à parfaire

D'emblée, il faut relever que tous les Etats membres ne prévoient pas de définition écrite des secrets d'affaires. Cela tombe d'ailleurs sous le sens : dans les pays dépourvus de législation propres aux secrets d'affaires, il n'y a, a priori, aucun besoin de définition.

On pourrait penser que la notion de « secret d'affaires » est globalement harmonisée dans les pays ayant pris le parti de les définir, et ce en raison de l'ADPIC. C'est sa définition qui a d'ailleurs été reprise dans la proposition de directive .

Trois éléments sont nécessaires à la qualification d'un secret d'affaires au sens de ces deux derniers textes :

- le caractère secret de l'information ;

- la valeur commerciale ;
- l'existence de mesures prises par le détenteur pour maintenir la confidentialité.

Malgré l'ADPIC, l'examen de la législation comparée laisse apparaître un éventail de définitions qui divergent de manière sensible sur au moins deux points.

D'une part, sur la nature des informations pouvant être protégées, il est remarquable que certains pays ne précisent pas le type d'information visé. L'article 318 du code de la propriété industrielle portugais, par exemple, renvoie simplement aux « informations », sans en indiquer la nature (il peut donc s'agir tout aussi bien d'informations commerciales, financières, organisationnelles, juridiques, technologiques, etc.) D'autres Etats adoptent une législation plus détaillée. C'est ainsi que l'article 98 du « Codicedellaproprietàindustriale » italien vise les « informations commerciales », et « les expertises techniques, industrielles et commerciales ». Dans le même état d'esprit, le droit tchèque retient les informations de nature « commerciale, technique ou manufacturière » .

D'autre part, sur la notion de valeur commerciale : elle est présente dans la législation de certains Etats membres qui ont choisi d'adopter une formulation proche de ce que prévoit l'ADPIC. Les italiens préfèrent recourir toutefois à la notion de « valoreeconomico », « valeur économique », comme c'est le cas aux Etats-Unis. Selon plusieurs pays, tels que la République Tchèque, la Lituanie, ou la Slovaquie, cette valeur peut avoir un caractère réel ou simplement potentiel, présent ou à venir.

Toujours sur ce terrain, d'autres pays Etats membres préfèrent prendre en compte non pas la valeur objective de l'information, mais l'impact que pourrait avoir sa violation sur la situation du détenteur. Par exemple, en Suède, la loi sur la protection des secrets commerciaux prévoit que les secrets d'affaires sont des informations « dont la divulgation causerait un dommage au détenteur d'un point de vue concurrentiel ». Dans ce système, la conception de la valeur de l'information est éminemment subjective : elle dépend en

fait de son importance du point de vue du détenteur.

De tout ceci, faut-il sans doute tirer ce premier constat global qu'il existe non pas une, mais plusieurs approches du secret des affaires en Europe. En écho, il faut souligner l'incapacité de la législation ADPIC à faire tendre les règles nationales vers l'uniformisation et partant, tirer un argument solide pour justifier l'action d'harmonisation menée par la Commission européenne.

Le constat des diversités ne s'arrête pas aux notions mais s'étend également au régime du secret des affaires.

II. LA DIVERSITE DES REGIMES DE PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Sans chercher à dresser un panorama exhaustif, deux points saillants cristallisent ici les divergences entre les législations nationales : la sanction des atteintes (A) et le régime procédural de protection des secrets dans le cadre d'une action en justice (B).

§1. Des sanctions à géométrie variable

Le premier grand critère de distinction qui existe entre les législations tient à la nature de la sanction encourue : il y a les Etats qui apportent une réponse pénale spécifique et ceux qui n'envisagent que la sanction civile.

En matière criminelle sur les vingt-huit pays de l'Union européenne, dix-huit d'entre eux sont dotés d'une législation spécifique. Là encore, des divergences profondes apparaissent à la lecture des textes.

Du point de vue des peines encourues, la sanction généralement retenue consiste en une peine d'emprisonnement. Certains pays ne prévoient d'ailleurs que des peines d'emprisonnement . D'autres envisagent aussi des peines d'amende, cumulatives ou parfois alternatives .La durée médiane d'emprisonnement encouru dans l'UE est comprise entre deux et trois ans. Certains Etats sont toutefois plus sévères : par exemple, selon les circonstances, au Danemark, le prévenu encourt jusqu'à six ans d'emprisonnement ;

et, du point de vue des sanctions pécuniaires, le droit Tchèque expose le contrevenant au paiement d'une amende pouvant aller jusqu'à 1.500.000 euros.

Même si elles peuvent paraître importantes, ces peines sont globalement moins lourdes que celles appliquées, par exemple, aux Etats-Unis.

On notera que la proposition de directive a expressément exclu la matière pénale de son champ d'application, de telle sorte que les pratiques pénales des Etats membres ne devraient normalement pas s'en trouver affectées.

Sur le terrain civil, l'exemple de l'allocation des dommages-intérêts est symptomatique du parcours restant à accomplir en termes d'harmonisation, même si tous les Etats membres reconnaissent le principe d'une réparation pécuniaire du détenteur victime. Des divergences apparaissent sur le mode de fixation de l'indemnisation. A titre d'exemple, certains Etats ne réparent que la perte subie et le gain manqué, alors que d'autres prévoient en outre la réparation du préjudice moral, voire des dommages et intérêts punitifs ...

L'exemple italien est intéressant, s'agissant d'un Etat qui considère que les secrets d'affaires sont des droits de propriété intellectuelle soumis à la directive « enforcement ». Des règles spécifiques de calcul des dommages-intérêts sont prévues : le détenteur reçoit a minima la réparation intégrale de son préjudice (perte subie, gain manqué et préjudice moral), mais il peut aussi se voir attribuer la fraction excédentaire du montant des profits indûment réalisés par le contrevenant. De même, le gain manqué peut être mesuré par référence aux redevances qui auraient été payées par le contrevenant si une licence avait été concédée sur le secret d'affaires, objet du litige.

Ce corpus de règles, qui est consacré en droit européen de la propriété intellectuelle est également présent dans la proposition de directive « secrets d'affaires ».

Sur la question des sanctions, la directive à venir devrait apporter une uniformisation des pratiques, mais seulement en matière civile.

La diversité de régime se retrouve enfin dans l'hétérogénéité du traitement procédural des

secrets d'affaires.

§2. L'hétérogénéité des mesures de protection des secrets d'affaires en cours de procès

C'est là une question essentielle, puisque le détenteur pourrait être en effet dissuadé d'intenter une action, par crainte que le processus judiciaire conduise inéluctablement à la divulgation de ses informations sensibles.

Cette problématique est naturellement épineuse, parce que le maintien de la confidentialité des informations produites devant un tribunal se heurte aux principes du contradictoire et de l'accessibilité du public à la justice. En contrepoint de ces deux principes, il y a deux aspects pratiques à considérer : la communication des pièces contenant un secret d'affaires ; et l'accessibilité aux audiences au cours desquelles il est fait état de secrets d'affaires.

Les Etats membres sont tenus de protéger les renseignements confidentiels en justice, en application des articles 42 et 43 de l'ADPIC. Cependant l'ADPIC ne fixe qu'un principe, et les Etats restent libres de définir les pratiques à même de le satisfaire. Il en résulte que la protection est très variable d'un Etat à l'autre. Sur la communication des documents et éléments de preuve contenant un secret d'affaires, le modèle allemand est souvent cité en exemple. Il aurait d'ailleurs inspiré l'article 8 de la proposition de directive du 28 novembre 2013. Dans ce pays, la pratique judiciaire tend à étendre aux secrets d'affaires la procédure dite de « Düsseldorf » (« Düsseldorf praxis ») appliquée à l'origine dans les litiges portant sur les brevets, qui permet au juge d'ordonner à une partie la production forcée de documents confidentiels, de manière à éviter leur destruction et leur révélation. La spécificité du système tient au fait que les éléments de preuve recueillis sont immédiatement placés sous séquestre. Seul un expert indépendant accompagné, le cas échéant, des avocats des parties – qui sont tenus à un strict devoir de confidentialité – peuvent les examiner. En d'autres termes, les parties n'ont pas de droit d'accès direct à ces documents.

Autre exemple : en Belgique, le code judiciaire prévoit que le juge peut enjoindre à une partie

ou à un tiers de produire des pièces, sous certaines conditions, à la manière de ce que nous connaissons en France avec l'article 145 du Code de procédure civile. Selon le texte belge, le juge détermine « les délais et modalités » de cette production. Cette disposition a conduit la jurisprudence belge à prévoir des mesures de protection des secrets d'affaires. Par exemple, le magistrat peut réserver la consultation des documents au profit de certaines personnes seulement, ou encore ordonner que soient effacés certains passages, ce qui correspond à l'établissement d'un compte rendu non-confidentiel...

Dernier exemple : Au Royaume-Uni, la procédure de pre-trial discovery implique la production forcée de tous les éléments de preuve pouvant être utiles au litige. Ce mécanisme est insidieusement dangereux pour les secrets d'affaires, puisqu'il permet les « fishing expeditions », littéralement des « parties de pêche à la preuve »... et aux secrets du concurrent. En justice, la protection des secrets d'affaires se fait alors généralement par la pratique conciliante des « confidentiality clubs » : les parties vont s'accorder sur les informations qui seront maintenues confidentielles et que seuls leurs conseils ou les personnalités qu'elles admettent au « club » pourront consulter.

Sur l'accès aux audiences, certains Etats considèrent que la protection des secrets d'affaires constitue un motif légitime de restriction d'ouverture du tribunal au public. L'Allemagne, notamment, le prévoit expressément dans sa loi relative à l'organisation judiciaire. Mais ce n'est pas là le cas de la majorité des pays. A titre de comparaison, en France et en matière civile, les débats ne peuvent être tenus en chambre du conseil que « s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice ». Le secret des affaires ne justifie donc pas, à lui seul, la tenue d'une audience porte closes.

A la vue de l'ensemble de ces éléments, on comprend bien qu'il reste du chemin à parcourir pour arriver au lissage des pratiques nationales. Il faut espérer que la proposition de directive y parvienne.

Trade Secrets: Tools for Innovation and Collaboration

Cette publication de septembre 2014 de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) basée à Paris se propose d'informer les décideurs sur la contribution des secrets d'affaires au transfert des connaissances et à l'innovation collaborative, ainsi que sur les lacunes dans les cadres existants, par exemple dans les collaborations internationales. Y est notamment examinée la notion de secrets commerciaux et explique leur relation à la propriété intellectuelle, notamment les brevets, et leur valeur pour l'innovation. Les défis pratiques de la gestion des secrets d'affaires dans « l'économie réelle », ainsi que des propositions d'action pour les entreprises y sont également développés.

<http://www.iccwbo.org/News/Articles/2014/IP-research-paper-reveals-the-importance-of-trade-secrets/>

Défis n°3 « Le secret des affaires : vers une concurrence loyale »

<http://www.inhesj.fr/sites/default/files/defi3.pdf>

- Trois questions Olivier de Maison Rouge sur le secret des affaires, Droit & patrimoine Hebdo, n°976, 1er septembre 2014
- O de MAISON ROUGE « Le droit du secret des affaires : éternel serpent de mer ou bientôt réalité? », Sécurité & Stratégie, n°16, juin 2014

- O de MAISON ROUGE « Le droit de l'intelligence économique et stratégique : de la reconnaissance à l'affirmation », www.portail-ie.fr 17 mars 2014
- O de MAISON ROUGE « Le projet de directive européenne sur le secret des affaires : un acte fondateur, réaliste et ambitieux », www.portail-ie.fr 17 janvier 2014.
- Réponse des autorités françaises à la consultation publique de la Commission européenne sur la protection du savoir-faire des entreprises et des chercheurs
http://www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/04_Consultations_publicques/Reponse_FR2013/20130327_ReponseFR_Secret_des_affaires.pdf
- J POOLEY, « Le secret d'affaires, un droit de propriété intellectuelle méconnu » OMPI Magazine http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2013/03/article_0001.html
- JM GARINOT « L'Union européenne au secours du secret des affaires », Droit & Patrimoine, n°232
- M GARINOT « Secret des affaires : le législateur devance l'Union européenne », Droit & Patrimoine, n°240

Une publication de



INSTITUT DE L'IE

Institut international d'intelligence économique et stratégique
International Institute for competitive and strategic intelligence

www.institut-ie.fr

Editeur :
L'institut de l'IE
6, place de Breteuil, 75007 Paris

Imprimerie :
L'institut de l'IE
6, place de Breteuil, 75007 Paris

Directeur de Publication :
Thomas Janier

Responsable de la rédaction :
Olivier de Maison Rouge

Prix : 25€

Date du dépôt légal (mois et année)
Décembre 2014

Date de parution : Décembre 2014

ISSN : 2259-3624

Copyright - Reproduction interdite

Bulletin d'abonnement

Merci de nous renvoyer ce coupon réponse dûement complété

Nom Prénom

Société

Adresse

Code Postal Pays

Tél. Mob.

Courriel

Je m'abonne au BSA pour l'année civile, pour 4 numéros trimestriels, à compter du numéro 1

Réglement de 100 € à envoyer par chèque à l'ordre de l'Institut de l'IE

INSTITUT DE L'IE
Abonnement BSA
6 Place de Breteuil, 75007 Paris

BSA

BULLETIN DU DROIT
DES SECRETS
D'AFFAIRES

