

Sommaire

Editorial P.1

Analyse P.2

Focus P.3

Veille P.6

A la Barre P.7

Bribes et Chuchotements P.8

A vrai lire P.9

EDITORIAL

Le secret des affaires n'est pas mort, ni enterré

Certes, l'échec de la dernière initiative française (janvier 2015) sur le secret des affaires est patent. Et l'on ne peut bien évidemment pas s'en réjouir, en dépit des erreurs de méthode et d'appréciation manifestes qui l'ont marquée dès l'origine (absence de communication préalable, approche juridique approximative, défaut de liaison avec les médias et les syndicats de salariés). Il nous faudra sans doute un jour dévoiler l'envers du décor qui a frappé de malédiction les tentatives françaises engagées depuis 2009.

Pour autant, le secret des affaires n'est pas mort ! Il n'est ni mort, ni enterré.

En premier lieu, parce qu'il continue à faire l'objet d'un remarquable projet de Directive européenne, destiné à imprimer la ligne directrice en matière légale. Nous avons eu l'occasion d'en débattre le 8 avril 2015, avec l'eurodéputée Constance Le Gripp, rapporteur de la Commission des affaires juridiques au Parlement européen. Ce projet pourrait désormais être soumis au Parlement européen en avril 2016. Il est appréhendé sous forme de capital immatériel stratégique, objet de notre analyse.

En second lieu, parce que le secret, en tant que pouvoir de fait sur une information stratégique rendue non disponible, a toujours existé et prévalu, même en

Par Olivier de MAISON ROUGE
Avocat, Docteur en droit.
Référént INPI «Secrets - Savoir-faire»

l'absence de base légale. Le propos ci-après de Francis HAGEL, membre de la commission « Secret » de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI) l'illustre parfaitement. Il constitue la base écrite de son allocution lors du colloque du CREDIMI, à Dijon, le 12 décembre 2014 qui fut une grande date en matière de travaux de recherche universitaire sur ce thème et qui a fait l'objet d'une publication visée dans ce numéro.

Mais encore, parce que le secret a toujours été utilisé par les grands stratèges.

Que l'on se souvienne des corporations des maîtres verriers de Murano qui ont protégé leur savoir-faire plusieurs siècles durant (et expliquant qu'en dépit de la volonté de Louis XIV de disposer de cette technique pour la galerie des glaces, il en soit privé), des sériciculteurs chinois qui ont gardé secret leur art de la culture de la soie, de Jules César qui brûlait ses plans de bataille après les avoir exposés à ses généraux, ... Les exemples sont légion pourrait-on affirmer avec le sourire. Et plus près de nous encore avec les recettes cachées du Coca-Cola et du Nutella, toujours imitées, mais jamais égalées.

C'est dire si le secret, aujourd'hui renvoyé dans l'ombre après avoir été improprement mis au grand jour lors des derniers débats médiatiques, a un bel avenir devant lui.

ANALYSE

Le projet de directive européenne sur le secret des affaires

P.2

FOCUS

Secret des affaires: gestion des communications et aspects contractuels

P.3

VEILLE

Sur tous les fronts de la guerre économique

P.6



INSTITUT DE L'IE

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

www.institut-ie.fr

ANALYSE

Le projet de directive européenne sur le secret des affaires

Par **Olivier de MAISON ROUGE** Avocat - Docteur en droit. Membre de la commission « secret des affaires » de l'Association Internationale pour Protection de la Propriété Intellectuelle.

L'émergence assumée d'un capital immatériel stratégique

Pour Aristote Onassis « *Le secret des affaires est de savoir quelque chose que personne d'autre ne sait* ». On pourrait encore affirmer que le secret des affaires est un savoir-faire à ne pas faire savoir.

Dans cet esprit, le secret des affaires – en ce qu'il revêt la confidentialité des informations économiques non divulguées - permet de renforcer la compétitivité de l'entreprise et de s'inscrire dans un acte d'affirmation de stratégie. Plus prosaïquement, il s'agit de préserver l'avantage concurrentiel de son titulaire dans une économie largement ouverte, dématérialisée et exposée aux risques contemporains.

C'est dans ce contexte que s'est inscrit le projet de directive européenne du 28 novembre 2013, récemment adopté en commission des affaires juridiques (JURI) dont le rapporteur est Madame Constance LE GRIPP.

Une dérogation aux accords de libre-échange

La source d'inspiration de ce projet de directive trouve son origine dans l'accord ADPIC (ou TRIPS en anglais), 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 inutile de rappeler que les principes directeurs de cet organisme tendent 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 dérogoires échappant à cette dérégulation. Ce faisant, l'OMC vise nommément la protection des renseignements économiques non divulgués qu'elle range parmi les droits assimilés à la propriété intellectuelle liée au commerce. C'est pourquoi le projet de la Commission européenne emprunte de nombreux ressorts à la propriété intellectuelle, excluant l'option strictement commerciale qui aurait conduit à enfreindre les dispositions de l'OMC dès lors que le secret des affaires est un obstacle à la circulation sans restriction des renseignements économiques.

Une définition-étalon

Le texte instaurera une norme juridique unifiée afin « d'étalonner » cette notion constituée de R&D, « de savoir-faire et d'informations commerciales non divulguées » pour en reprendre le titre. L'objectif est de créer un environnement favorable à l'innovation, non sans prendre en considération les intérêts légitimes de protection du patrimoine immatériel de l'entreprise.

Les secrets d'affaires seraient ainsi identifiés sous trois conditions cumulatives :

- Non connus du grand public, c'est-à-dire tenus secrets ;
- Ayant une valeur commerciale
- Et faisant l'objet de mesures spécifiques destinées à les garder confidentiels

Partant de cette définition, la directive envisage d'en assurer largement la protection contre l'obtention, la divulgation et l'utilisation illicites et notamment :

- la juridiction saisie pourra ordonner des

mesures d'interdiction provisoire ;

- il sera possible de solliciter des mesures dites « correctives » se traduisant notamment par l'interdiction d'importation et d'exportation de produits fabriqués en violation de secrets d'affaires mais encore par la cessation de la production ;
- la publication de la décision stigmatisant un acteur économique ayant agi en violation des secrets d'affaires est envisagée.

Une procédure judiciaire adaptée

La procédure judiciaire, souvent présentée comme étant un mode de collecte d'informations confidentielles, pourra être aménagée au moyen de mécanismes permettant d'assurer la préservation des secrets d'affaires :

- Création d'un périmètre de confidentialité pour les parties (avocats, experts, témoins).
- Restriction dans l'accès aux pièces produites au cours de la procédure.
- Restriction dans l'accès aux audiences.
- Jugement élagué de l'énonciation des secrets d'affaires.

En matière de réparation des dommages, outre le préjudice constaté, le juge pourra également tenir compte des conséquences économiques négatives telles que le manque à gagner ou les bénéfices réalisés par le contrevenant.

Ce projet permettra à l'Europe – et par ricochet à ses états membres – de se doter d'un dispositif juridique unifié dans un contexte de lutte économique exacerbée. En cela, les secrets d'affaires sont des droits incorporels d'un nouveau genre, constituant des informations capitales concourant à la valeur ajoutée de l'entreprise.

Focus

Secret des affaires: gestion des communications et aspects contractuels

Par Francis HAGEL - Consultant en stratégie de propriété intellectuelle - Membre de la commission permanente «Secret» de l'AIPPI.

1. La protection des informations confidentielles : une question de fait

Du point de vue de l'entreprise, la protection des informations confidentielles est avant tout une question pratique, une question de fait.

Ainsi que l'illustre la volonté du législateur L'information est un bien éminemment vulnérable car la prise de connaissance par un tiers, quelles qu'en soient les circonstances (communication volontaire, divulgation par inadvertance, acquisition illicite) a un caractère *irréversible*. Une fois communiquée, sa diffusion et son usage échappent à la connaissance et au contrôle du détenteur initial. L'information est un « bien non-rival », selon le vocabulaire des économistes, c'est-à-dire un bien qui peut être utilisé simultanément et indépendamment par plusieurs personnes autres que le détenteur initial sans que celui-ci en soit informé. De plus, les moyens informatiques et de communication permettant la reproduction et la diffusion gratuites et instantanées des informations en ont considérablement amplifié les possibilités de dissémination.

Cela impose à l'entreprise une politique de prévention active visant à éviter la divulgation d'informations confidentielles par inadvertance ou négligence. Une telle politique est complétée par le droit commun applicable aux salariés (obligation de discrétion) et les règles légales relatives à certaines catégories d'informations (informations personnelles, financières, secrets de fabrication, inventions brevetables, logiciels).

Une politique de prévention active comporte des mesures de nature différente, comprenant en particulier :

- des mesures de sécurité physique (contrôle des accès, de la circulation des visiteurs) et de sécurité informatique ;

- des mesures d'organisation, qui comprennent une politique de confidentialité définissant les précautions et procédures que le personnel doit observer selon les catégories d'informations, des mesures de traçabilité des informations, des modalités d'accès aux systèmes informatiques qui n'autorisent l'accès aux données sensibles qu'à certains groupes de personnes, des actions de sensibilisation du personnel, le cas échéant des notes de service sur des projets spécifiques ;

- des mesures contractuelles comprenant des clauses de confidentialité dans les contrats de travail, qui précisent les obligations des salariés pendant la durée et après la cessation de leur emploi, éventuellement des clauses de non-concurrence (celles-ci étant strictement encadrées par le droit du travail) ; des engagements de confidentialité pour les intervenants autres que les salariés (stagiaires, consultants) ; des accords de secret ou des clauses de confidentialité dans les contrats pour encadrer les communications à des tiers ;

- les procédures à appliquer en cas de départ d'un salarié détenant des données sensibles.

Cet éventail de mesures doit être défini et mis en œuvre de façon réaliste, car il faut veiller à ne pas affecter les communications et les partages d'expérience au sein de l'entreprise, et à ne pas alourdir la gestion de façon pénalisante, et proportionnée au niveau de sensibilité des informations.

Un aspect très important de ces mesures est qu'elles conditionnent la protection légale des informations confidentielles. Elles fournissent en effet les éléments permettant de prouver que l'entreprise est bien en possession des informations en question et qu'elles font l'objet de « précautions raisonnables », ce qui est une condition généralement exigée pour la protection de secrets d'affaires.

Elles constituent en outre une fondation pour la création de droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse de demandes de

brevet ou de droit d'auteur sur des logiciels ou d'autres créations comme les designs industriels, et pour préserver la liberté d'exploitation de l'entreprise, car elles permettent d'établir la preuve nécessaire pour invoquer un droit d'usage antérieur en cas de dépôt de brevet ultérieur d'un tiers.

2. Maîtrise des communications « sortantes »

Dans leurs activités impliquant échanges et interactions avec l'extérieur, qu'il s'agisse de clients, de fournisseurs, de partenaires et de partenaires potentiels, du public, d'investisseurs, les entreprises ont besoin de communiquer des informations.

Il est indispensable de s'assurer que les communications avec l'extérieur, tout en répondant aux besoins, n'ont pas pour effet de divulguer des informations confidentielles. Il convient à cet effet de mettre en place un contrôle du contenu, pour chacune des catégories de communication pratiquées par l'entreprise

Cela concerne en particulier :

- les publications techniques et scientifiques dans des revues, les communications dans des congrès ou colloques : le contenu doit être axé sur les résultats – il s'agit de susciter l'intérêt et d'établir la crédibilité de l'entreprise – et il faut éviter de livrer des détails sans nécessité au regard des objectifs ;

- les principes sont les mêmes pour les documents de présentation commerciale ;

- les réunions organisées avec des analystes financiers pour présenter les résultats et les projets de développement de l'entreprise peuvent conduire des dirigeants à la divulgation d'informations stratégiques ; on trouve le même type de situation lorsque l'entreprise présente ses projets techniques à des clients ;

- le site internet de l'entreprise, en ce qui concerne les sections accessibles au public comme celles qui sont accessibles sans restriction à l'ensemble des salariés

- les manuels techniques livrés par

l'entreprise à ses clients – il faut éviter le « copier-coller » automatique de documents descriptifs détaillés élaborés au cours du développement, et ne sélectionner que les informations qui sont vraiment utiles aux utilisateurs ;

- les propositions commerciales en réponse à un appel d'offres ;

- les demandes de brevet déposées par l'entreprise : l'exigence de « description suffisante » de l'invention posée par le droit des brevets n'impose pas la divulgation de tous les éléments de savoir-faire relatifs à l'invention et à sa mise en œuvre.

Les échanges avec un partenaire potentiel pour une collaboration, qui peut devenir un partenaire contractuel, doivent de même concilier la communication des informations pertinentes à un moment donné de la relation et la vigilance à l'égard d'une divulgation d'informations confidentielles sans nécessité. Le degré de sensibilité des informations à communiquer augmente avec le développement de la collaboration, qui implique des échanges de plus en plus spécifiques. On peut ainsi parler d'un « besoin d'en connaître » évolutif ou dit autrement, de dévoilement progressif.

La vigilance à ce sujet s'impose même si la relation est encadrée par un accord de secret ou une clause de confidentialité. En effet, comme souligné plus haut, une divulgation a un caractère irréversible et entraîne toujours une perte de contrôle.

3. Vigilance quant aux communications « entrantes »

L'entreprise n'est pas seulement confrontée aux hypothèses de divulgation de ses informations confidentielles. Elle doit également veiller à ne pas se mettre en faute en recevant et/ou en utilisant des informations confidentielles appartenant à des tiers. Cette préoccupation est très peu traitée dans la littérature. Elle est pourtant très présente dans les entreprises. Outre les risques d'actions judiciaires, c'est l'image et la réputation de l'entreprise qui sont en jeu s'il apparaît qu'elle a agi de mauvaise foi ou même simplement de façon négligente. Les dommages collatéraux peuvent donc être considérables.

Les situations demandant de la vigilance sont notamment les suivantes.

- en cas d'embauche d'un salarié

précédemment employé par un concurrent, il faut veiller à ne pas recevoir ni utiliser des informations confidentielles acquises par le salarié dans le cadre de son emploi précédent. Outre les mises en garde nécessaires, la prudence peut imposer de ne pas charger le nouvel embauché d'activités exactement identiques à celles qu'il occupait chez son ancien employeur ;

- les communications d'idées ou d'inventions de la part d'un tiers qui n'ont pas été sollicitées par l'entreprise ont un statut incertain quant à leur confidentialité. Il est prudent pour l'entreprise de ne pas prendre connaissance de tels courriers et de les retourner à leur expéditeur, en lui indiquant qu'elle considère ce type de communication comme non confidentielle ;

- il peut arriver qu'un salarié de l'entreprise soit entré en possession d'un document interne d'un concurrent pouvant contenir des éléments confidentiels, par exemple à l'occasion d'un salon commercial. Il est impératif de ne pas conserver dans l'entreprise de tels documents.

4. Accords et clauses de secret

Les accords de secret (ou « accords de confidentialité ») sont utilisés de façon très courante dans les relations entre entreprises pour donner un cadre à des échanges exploratoires, par exemple dans la perspective d'un partenariat ou d'une collaboration, à un moment où il n'existe pas encore de contrat en place. Il est habituel d'utiliser pour les accords-secrets des textes-types, car un contexte où aucun élément n'est encore défini, en dehors du domaine et d'objectifs généraux, se prête à la standardisation, et la fréquence de leur utilisation semble justifier cette standardisation. Cela conduit souvent les utilisateurs à considérer la signature d'un accord de secret comme une formalité anodine, de pure routine. Bien à tort, car les accords de secret peuvent représenter des enjeux très importants.

Le terme « accord de secret » contribue à occulter ces enjeux, de par son caractère réducteur. En réalité, un accord de secret ne se limite pas à interdire la divulgation des informations confidentielles communiquées, il stipule aussi l'interdiction d'utiliser ces informations en dehors des objectifs spécifiés dans l'accord. En ce

sens, l'accord de secret assure à celui qui communique l'information à un partenaire la maîtrise de l'information et le contrôle de son usage : à cet égard, il produit des effets comparables à ceux d'une attribution de propriété des informations dans les relations entre les partenaires. Cette prise de contrôle est de la plus grande importance. Elle l'est d'autant plus que les « usages » faisant l'objet de restrictions peuvent englober les activités les plus diverses, et que les restrictions d'usage ne sont limitées ni géographiquement (elles sont donc d'effet mondial), ni quant au domaine d'activité, ni quant au type d'activité (fabrication, utilisation, vente, etc). Il faut en outre souligner qu'un accord de secret permet de couvrir des informations de toute nature, indépendamment des possibilités de protection légale : par exemple une méthode commerciale, un concept de produit, une idée d'émission ou de scénario à un degré de définition trop général pour être protégeable par le droit d'auteur.



Ces restrictions peuvent être très pénalisantes pour l'entreprise qui reçoit les informations, et il convient de définir clairement et strictement les informations concernées, d'une part en prévoyant des modalités permettant d'identifier les informations confidentielles, d'autre part en incluant des exceptions dites « garde-fou » correspondant à une série de situations dans lesquelles le récepteur des informations est exonéré de ses obligations : si l'information est devenue accessible au public, si le récepteur l'a reçue d'un tiers de façon licite, etc. Il convient en outre d'être très vigilant à l'égard de toute définition extensive englobant, au-delà des informations communiquées, les résultats obtenus par le récepteur sur la base de telles informations.

Un paramètre très important dans un accord de secret est d'autre part la durée des restrictions. A cet égard, il faut bien distinguer la durée de validité de l'accord

de la durée de l'obligation de secret et de non-usage. La durée de validité de l'accord correspond à la période estimée pour les échanges et peut être très courte, la durée de l'obligation de secret survit normalement à l'expiration de l'accord et est à définir en fonction du cas d'espèce. Dans le cas d'informations techniques, la durée d'obsolescence technologique est généralement un facteur déterminant.

Un point sur lequel il faut insister est qu'un accord de secret n'est qu'un cadre pour l'échange d'informations et qu'il n'a les effets escomptés que s'il est appliqué en respectant les modalités stipulées dans la définition des informations confidentielles couvertes par l'accord. Il est très souvent précisé dans les accords de secret que seules entrent dans la définition les informations « identifiées comme confidentielles » par écrit lors de leur communication ou, si la première communication a été orale, peu de temps après celle-ci. A défaut de respecter cette modalité, une information communiquée n'a pas le statut d'information confidentielle et ne bénéficie d'aucune protection. Le récepteur est alors libre de la divulguer et de l'utiliser à sa discrétion.

Les remarques qui précèdent s'appliquent dans une large mesure aux clauses de confidentialité présentes dans des contrats tels que contrats de collaboration, d'étude, de fourniture, de distribution, de franchise. Le fait qu'il puisse s'agir dans certains types de contrat, de clauses « standard » n'enlève rien à leur importance. Elles constituent en effet un élément majeur puisqu'elles sont susceptibles de couvrir tous les types d'informations qui seront échangées et produites dans l'exécution du contrat. La définition des informations couvertes par les obligations respectives des parties est déterminante pour l'attribution de propriété entre les parties, comme souligné plus haut, et doit faire l'objet de la plus grande attention. Les usages autorisés au récepteur d'informations seront définis en cohérence avec la nature du contrat.

5. Relations avec des partenaires

5.1 « Innovation ouverte »

Le terme d'innovation ouverte englobe une variété d'activités axées sur l'échange d'informations dans lesquelles

une entreprise s'engage pour bénéficier des compétences et des ressources de partenaires. Au stade initial, les échanges peuvent être informels mais dès l'instant qu'ils exigent la communication d'informations confidentielles, un encadrement contractuel souple sous forme d'un accord de secret est indispensable. Lorsque les échanges exploratoires initiaux débouchent sur des perspectives de collaboration précises, des contrats spécifiques seront négociés.

Le terme d'innovation ouverte peut être trompeur si on le comprend de façon binaire comme un type de relation dans lequel on devrait communiquer et recevoir des informations sans aucune précaution. Une telle conception justifierait les craintes que peuvent exprimer les entreprises quant à une perte de leur savoir-faire. En réalité - cela peut paraître un paradoxe - le partage d'informations exige un contrôle sur les flux d'informations entrantes et sortantes. Cela demande à l'entreprise une préparation en amont : sélection stratégique des sujets, recensement et documentation des savoir-faire de valeur, mesures d'organisation, maîtrise des contenus communiqués aux partenaires. L'entreprise ayant ainsi « marqué son territoire » est armée pour s'engager dans des échanges avec des tiers, parce qu'elle pourra établir ses droits sur ses savoir-faire et développements antérieurs et sera en mesure d'en tirer parti dans les relations avec ses partenaires, et qu'elle saura faire preuve de la sélectivité nécessaire dans ses communications.

5.2 Relations client / fournisseur

Les relations client/fournisseur impliquent fréquemment un développement technique pour les produits ou prestations à réaliser. En pareil cas, la relation entraîne la création d'informations et la question se pose de déterminer qui en a la maîtrise et en contrôle l'usage. Cette question représente un enjeu commercial significatif pour les parties. Si c'est le fournisseur qui a le contrôle, le client n'est pas en mesure de faire réaliser les mêmes prestations ou produits par un autre fournisseur et n'est pas en position favorable pour négocier les prix et les autres conditions de fourniture. De plus, le contrôle par le fournisseur lui permet d'utiliser les informations dans des relations avec des concurrents du client. Si à l'inverse c'est le client qui a le

contrôle, il est libre de faire réaliser les mêmes prestations ou produits par d'autres fournisseurs et de faire jouer la concurrence pour négocier les prix en position favorable, et le fournisseur ne peut pas utiliser les informations dans des relations avec des concurrents du client.

Dans les contacts qui préludent à une commande éventuelle, les actions possibles dépendent du contexte. Si l'entreprise en position de client a élaboré un cahier des charges impliquant un développement de sa part et contenant des informations détaillées non publiques, elle peut demander aux fournisseurs qu'elle sollicite de signer un accord de secret couvrant toute information incorporant le contenu du cahier des charges et limitant l'usage possible à la préparation d'une proposition. Si un fournisseur, pour répondre à un cahier des charges d'ordre général, a réalisé un développement innovant, il a intérêt à soumettre la communication d'une proposition détaillée basée sur ce développement à la signature d'un accord de secret par le client.

5.3 Transferts de technologie

Le transfert de technologie implique une relation entre un bailleur ayant développé une technologie jusqu'au point où elle peut être exploitée commercialement et un licencié intéressé à l'exploiter. Une situation typique est celle d'un industriel implanté dans un pays où le bailleur n'est pas présent.

La capacité d'un licencié à exploiter une technologie de façon efficace suppose la communication au licencié d'informations très complètes et très détaillées (dossiers de fabrication, spécifications de composants et d'ingrédients, procédures opératoires, méthodes de contrôle, bases de données, logiciels). Ces informations représentent la part majeure de la valeur de la technologie aux yeux du licencié et des investissements engagés par le bailleur pour leur développement. Elles sont pour l'essentiel protégées par le secret. Certains éléments ayant le caractère d'inventions brevetables sont susceptibles d'être protégés par des brevets. Mais le contenu des brevets est en règle générale très insuffisant pour permettre une exploitation fiable et rentable.

Les obligations contractuelles qui protègent

la confidentialité des informations que le bailleur doit communiquer au licencié sont donc d'une importance cruciale dans les transferts de technologie. Elles sont associées à des restrictions d'usage qui définissent le contenu de la licence : domaine d'activité, nature des activités autorisées (fabrication, vente, exportation, etc.), limitation géographique, durée. Elles sont comparables en cela aux clauses d'une licence de brevet, mais elles bénéficient de beaucoup plus de souplesse

quant à la couverture géographique et à la durée. L'effet de ces obligations peut en outre se prolonger au-delà de l'expiration de la licence.

Il faut noter que le bailleur dispose d'une position favorable car il peut doser les communications d'informations au cours du processus de négociation. Il pourra commencer par une présentation générale axée sur des résultats, conçue pour susciter l'intérêt et établir la solidité du dossier, et conditionner la communication

d'informations plus détaillées à des contreparties, en exigeant par exemple le versement d'un « ticket d'entrée » pour communiquer le dossier complet.

Il peut en outre mettre à disposition du bailleur certains composants de la technologie sans en divulguer le détail. Ainsi, dans le cas des composants logiciels, le bailleur peut remettre une copie du logiciel en format exécutable mais ne pas divulguer le code-source.

Sur tous les fronts de la guerre économique

VEILLE

La D2IE est morte, vive le SISSE !

Par décret n°2016-66 du 29 janvier 2016, pris en Conseil des ministres du 27 janvier 2016 (

<http://www.elysee.fr/conseils-des-ministres/article/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-mercredi-27-janvier-2016/>)

il a été mis fin à la Délégation interministérielle à l'intelligence économique (D2IE) et il a été créé un Service à l'information stratégique et à la sécurité économiques (SISSE) avec à sa tête un commissaire.

Ledit Commissaire *élabore et propose, en lien avec le SGDSN et les autres ministères concernés, la politique publique en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation. Il en anime la mise en œuvre et en évalue l'efficacité, conformément aux orientations définies par le comité directeur du service de l'information stratégique et de la sécurité économiques.*

A ce titre, il est associé à la définition et à la mise en œuvre, par chaque ministère concerné, des politiques publiques ayant une influence directe sur les intérêts mentionnés au premier alinéa, notamment dans les domaines suivants :

1° La protection et la promotion du patrimoine matériel et immatériel de l'économie française, notamment dans le cadre des opérations internationales menées par les acteurs économiques

2° Les standards de conformité s'appliquant

aux entreprises en matière de relations financières avec l'étranger, de lutte contre les fraudes aux entreprises et contre la corruption et de responsabilité sociale et environnementale ;

3° La défense de la souveraineté numérique

4° Les stratégies conduites en matière de normalisation.

Le commissaire assiste le ministre chargé de l'économie dans la préparation des conseils de défense et de sécurité nationale sur les sujets de sécurité économique qui y sont évoqués (...)

En lien avec le coordonnateur national du renseignement, le commissaire est informé des atteintes aux intérêts mentionnés au premier alinéa.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031940456&fastPos=1&fastReqId=1050445636&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

le décret du 4 février 2016 (JORF du 5 février 2016) a nommé Monsieur Jean-Baptiste CARPENTIER en qualité de Commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économiques (CISSE).

Confidentialité des comptes des TPE

Tant attendue, dans le cadre des mesures de simplification des entreprises, aux termes de l'ordonnance n°0214-86 du 1er février 2014 (article 5), il a été créé un article L. 232-25 du Code de commerce instituant la possibilité offerte aux micro-

entreprises (sauf holding) **de demander la confidentialité de leurs comptes annuels.**

En application de ce texte, l'entreprise n'est pas dispensée du dépôt des comptes annuels. En revanche, elle peut demander au greffier du Tribunal de commerce d'en restreindre l'accès et la communication sauf :

- aux autorités judiciaires ;
- aux autorités administratives et
- à la Banque de France.

Ont la qualité de micro-entreprises les sociétés qui ne dépassent pas deux des trois seuils suivants (cumulatifs et non alternatifs) :

- Total du bilan < 350.000 €
- CA HT < 700.000 €
- < 10 salariés

Si les critères sont volontairement placés à un niveau très bas, on peut toutefois saluer cette avancée, si ce n'est qu'elle ne fait que se mettre en conformité avec la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013.

Ce faisant, le gouvernement rejoint le vœu exprimé par la Commission MATHON (et partagé par beaucoup) sur le secret des affaires, dont le rapport a été rendu public le 17 avril 2009. Le décret a été publié le 15 octobre 2014 (n°2014-1189) créant un imprimé type permettant de solliciter la mesure auprès du greffier du Tribunal de commerce.

A LA BARRE

« L'espionnage économique » encore et toujours réprimé par l'abus de confiance

De nouveau confirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation, aux termes d'un arrêt du 22 octobre 2014, l'abus de confiance (article 314-14 et suivants du Code pénal) – qui se traduit par le détournement de fichiers de l'entreprise – reste le socle de droit commun, largement affirmé désormais par la jurisprudence pénale, pour réprimer l'atteinte au patrimoine informationnel de l'entreprise.

En l'espèce, un salarié démissionnaire, avant de rejoindre son nouvel employeur, pendant sa période de préavis, avait téléchargé « *un grand nombre de données issues d'une base informatisée à usage interne de l'entreprise* ».

La chambre estime ainsi que « *le prévenu a, en connaissance de cause, détourné en les dupliquant, pour son usage personnel, au préjudice de son employeur, des fichiers informatiques contenant des informations confidentielles et mis à sa disposition pour un usage professionnel* » et que ce faisant sa culpabilité était caractérisée.

Le vol de données immatérielles (re)consacré par la Cour de cassation

Dans le prolongement de ses précédents arrêts (Cass. crim., 9 sept. 2003, n°02-87.098 ; Cass. Crim., 4 mars 2008, n°07-84.002, Cass. Crim., 16 juin 2011, n°10-85.079), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a de nouveau consacré le vol immatériel, par **soustraction de données informatiques sans le consentement de son propriétaire**.

Elle confirme ainsi sa doctrine sur le sujet – bien que combattue par quelques mandarins – et renforce la position des victimes d'atteintes à leur patrimoine informationnel stratégique.

Mieux encore, dans cette espèce que nous avons déjà traitée (<http://demaisonrouge-avocat.com/2013/07/04/libre-acces-meme-involontaire-nest-pas-intrusion-ni-vol/>)

l'auteur des faits d'intrusion et de vol, s'était vu relaxé en première instance. Sur appel du Ministère public, le parquet a obtenu sa condamnation en 2014, en invitant les juges à faire une analyse extensive, ambitieuse et désormais plus appropriée de l'article 311-1 du Code pénal, **en estimant qu'à l'instar du vol d'électricité, la « chose » mentionnée dans la disposition pénale pouvait s'entendre comme étant un bien immatériel, de nature incorporelle et que son téléchargement sans l'autorisation de son propriétaire se traduit par une dépossession (quand bien même l'original reste entre ses mains)**.

En soutenant cette thèse, depuis lors consacrée par la Chambre criminelle, l'Avocat général (qui n'est pourtant pas le regretté Claude Mathon) a repris notre argumentation telle que développée dans l'affaire « Rose » (Cf. BSA 0) et qui fut un modèle du genre en matière de condamnation pour « espionnage économique » (Trib. Corr. Clermont-Ferrand, 26 sept. 2011).

Cass. Crim., 20 mai 2015, n°14-81336

En lien avec la décision commentée ci-dessus, peu auparavant, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pour sa part rappelé qu'un salarié licencié ne pouvait emporter avec lui des données informatiques de l'entreprise, sauf dans le strict cadre de sa défense prud'homale. Le principe avait déjà été affirmé. Ainsi, dans le droit fil des précédents arrêts, la Cour de cassation rappelle que ce n'est pas à l'employeur de démontrer que le salarié a téléchargé davantage que pour les besoins de sa cause, mais bien au salarié de prouver que ce transfert était limité strictement au soutien de son argumentation.

Cass soc., 31 mars 2015, n°13-24410

A rapprocher : Cass. crim., 25 nov. 2014, n°13-84414

Le secret des affaires n'est pas opposable aux mesures d'instruction judiciaires

Constatant une violation des accords de revente sélective, un fournisseur saisit la Justice commerciale en référé (sur le

fondement de l'article 145 du CPC – mesure in futurum) pour faire la démonstration qu'un revendeur non agréé s'approvisionne de manière illicite. Ce dernier avait auparavant refusé de faire connaître ses sources d'approvisionnement.

Le juge des référés ayant fait droit aux demandes du fournisseur invoquant la violation de ses droits, le distributeur se voyait contraint de produire ses factures d'achat faisant notamment mention de l'identité des membres de son réseau d'approvisionnement parallèle.

Ayant invoqué en cause d'appel le secret des affaires pour s'opposer aux demandes de son adversaire qu'il déclarait comme anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris a néanmoins contraint le revendeur hors réseau à produire ses factures d'achat, au motif que les conditions de l'article 145 du CPC ne permettaient pas de se retrancher derrière la notion de secret des affaires. Ce faisant, la Cour s'inscrit dans le courant jurisprudentiel antérieur et n'opère pas de revirement.

CA Paris 3 déc. 2014, RG n°14/02706, 14/03801

La preuve par SMS

Il avait déjà été jugé que le SMS pouvait servir de preuve, dès lors qu'il n'avait pas été obtenu de manière déloyale, son expéditeur sachant que le destinataire pouvait l'enregistrer sur son mobile et s'en servir contre son émetteur.

Ici, la question était de savoir si l'employeur pouvait lire les SMS du salarié émis et reçus sur son mobile professionnel pour faire la preuve des agissements parasites d'une entreprise rivale (débauchage par un concurrent).

Sans surprise, à l'instar de la jurisprudence établie concernant la lecture des e-mails du salariés sur un ordinateur professionnel (notre analyse ici :

<http://www.lesechos.fr/28/09/2010/>

[LesEchos/20772-082-ECH_proteger-les-secrets-de-l-entreprise-en-respectant-le-droit-du-travail.htm](http://www.lesechos.fr/2013/07/04/libre-acces-meme-involontaire-nest-pas-intrusion-ni-vol/)),

la chambre sociale de la Cour de cassation

a estimé qu'à l'exclusion des SMS marqués « perso » ou « personnel », les autres messages échangés étaient accessibles à l'employeur.

Cass. soc., 10 févr. 2015 n°13-14779

De la confidentialité des IRP

Sujet sensible que celui du respect de la confidentialité quant aux informations stratégiques communiquées au comité d'entreprise (et plus largement aux institutions représentatives du personnel ou IRP). En application de l'article L. 2325-5 du Code du travail, les membres du CE sont tenus à une obligation de discrétion s'agissant des plans de stratégie économique dont ils sont informés par l'employeur (qui est lui-même tenu de les communiquer).

En l'espèce, pour éviter toute fuite externe, l'employeur prenait soin d'estampiller comme étant « confidentielle » toute information économique réputée sensible. Les tribunaux, et par extension la Chambre sociale de la Cour de cassation, ont estimé au cas présent que l'employeur avait abusé de cette faculté de restriction de communication externe en déclarant confidentielles systématiquement toute information soumise au CE.

Pour la chambre sociale, qui voit ainsi une entrave aux attributions du CE, l'employeur doit limiter la mesure de confidentialité aux seuls documents à protéger au regard des intérêts légitimes de l'entreprise.

Cass. soc., 5 nov. 2014, n°13-17270

Les écoutes téléphoniques d'un avocat constituent une atteinte à la vie privée

Tandis qu'en France les interceptions par les services de police des conversations téléphoniques d'un avocat avec son client n'émeuvent guère – en tout cas apparemment moins que le sujet du secret des affaires – la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a été saisi d'un recours d'un avocat roumain dénonçant une intrusion dans sa vie privée.

Au visa de l'article 8.2 de la Convention

européenne des droits de l'homme qui dispose :

« 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. »

La CEDH a déclaré que les écoutes s'étaient révélées être une ingérence dans sa vie privée (la base légale ayant fait défaut dans le cadre de la procédure pénale) peu importe qu'il ait été entendu par « ricochet », c'est-à-dire par le biais des interceptions réalisées sur la ligne de son client.

Aff. Pruteanu c. Roumanie (Req. n°30181/05)

LU, VU ET ENTENDU

Galileo : un grand projet européen, qui manque d'Europe

Conçu comme une alternative au GPS afin de s'affranchir de la suzeraineté technologique américaine, ce projet a connu depuis son origine des hauts et des bas.

Après avoir été enfin relancé, grâce à un financement qui faisait cruellement défaut, ce système doit désormais être déployé sous forme de satellites.

Les premiers ont été officiellement lancés en août 2013 par la fusée Soyouz.

Il s'avère qu'ils n'ont pas été placés sur la bonne orbite, et qu'à défaut de pouvoir modifier leur trajectoire, ils semblent perdus quant à leur utilisation future.

Ce qui fait dire au coordinateur interministériel français du programme « on aurait mieux fait de la lancer avec Ariane ».

OTAN : la France va adhérer au Protocole sur le statut des

quartiers généraux internationaux des pays de l'Alliance

Le Compte-rendu du Conseil des ministres du 4 janvier 2016 mentionne que le ministre des Affaires étrangères va présenter un projet de loi aux termes duquel la France va adhérer au Protocole sur le statut des quartiers généraux internationaux des pays de l'Alliance

<http://www.elysee.fr/conseils-des-ministres/article/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-lundi-4-janvier-2016/>

On se souvient que le général DE GAULLE avait quitté l'Alliance au motif que « la France se propose de recouvrer sur son territoire l'entier exercice de sa souveraineté, (...) et de ne plus mettre de forces à la disposition de l'Organisation atlantique. »

A contrario, selon le Quai d'Orsay, « cette ré adhésion permettra « de renforcer l'influence de la France au sein de l'OTAN ». Ce faisant, la France va davantage mutualiser son « savoir-faire militaire » (selon <http://www.theatrum-belli.com/nouveau-projet-de-loi-sur-lotan-quels-risques-pour-la-france/>), conséquence directe du retour de la France au sein de l'OTAN opéré en 2009, sous le quinquennat précédent.

BRIBES ET CHUCHOTEMENTS

Le traité TAFTA en questions

En cours de négociation dans la plus grande opacité, il faut se pencher sur le mode de résolution des litiges qui sera adopté. Un blog du Monde fait état des avancées en la matière.

Il est souvent fait référence à l'arbitrage ISDS qui serait un moins-disant juridique, d'autant qu'un état pourrait se voir attirer devant cette juridiction (basée aux USA) pour voir être censurée une législation qui serait jugée contraire à la libre circulation des biens (on pense notamment à la législation environnementale, en matière d'hygiène et de sécurité, assise sur le principe pourtant constitutionnel de précaution, ...).

« Nous sommes en guerre économique »

Le hors-série n°1 de la revue de géopolitique CONFLITS intitulé « *Nous sommes en guerre économique* » dont le titre parle de lui-même. A retrouver notamment les propos de Christian HARBULOT, Hervé JUVIN, Pascal GAUCHON, Alain JUILLET, Olivier de MAISON ROUGE ou encore Bruno RACOUCHOT.

• Olivier de Maison Rouge, « L'intelligence juridique et le droit des secrets d'affaires », in: Manuel d'intelligence économique, sous la direction de Christian Harbulot.



PUBLICATIONS

Le droit de l'intelligence économique et le secret des affaires : nos dernières publications

• O. de Maison Rouge, « La violation du secret des affaires : quelle voie de recours ? », in : La protection des secrets d'affaires: enjeux et perspectives, sous la direction de Emmanuel Py et Jean-Marie Garinot.



Actes du colloque du 12 décembre 2014

• O. de Maison Rouge, « Les enjeux du droit de l'intelligence économique pour les entreprises », in: Le droit de la sécurité et de la défense en 2014, sous la direction de Olivier Gauhin et Bertrand Pauvert.



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

Conception :
EG communication
www.eg-communication.fr

Directeur de Publication :
Thomas Janier

Responsable de la rédaction :
Olivier de Maison Rouge

Prix : 25,00 €

Dépôt légal à parution

Date de parution : 15/03/2016

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

**BULLETIN DU DROIT
DES SECRETS
D'AFFAIRES**

