



La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne

**Rapport présenté par Jérôme Frantz
et adopté le 11 septembre 2014**

La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne

Observations de la CCI Paris Ile-de-France sur la proposition de directive relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Rapport présenté par Monsieur Jérôme FRANTZ

au nom de la Commission du droit de l'entreprise et avec la collaboration de l'IRPI

et adopté à l'Assemblée générale du 11 septembre 2014

à la Direction générale adjointe chargée des études et de la mission consultative

Chambre de commerce et d'industrie de région
Paris Ile-de-France
27, avenue de Friedland
F - 75382 Paris Cedex 8
<http://www.etudes.cci-paris-idf.fr>

Registre de transparence de l'Union européenne
N° 93699614732-82

LES PRINCIPALES PROPOSITIONS	4
INTRODUCTION	6
CHAPITRE 1	
PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES : UN ENJEU DE COMPETITIVITE POUR LES ENTREPRISES	8
1. UN DROIT AUJOURD'HUI FRAGMENTE ET HETEROGENE	8
1.1 Droit comparé	8
1.1.1. <i>L'Union européenne</i>	8
1.1.2. <i>Contexte international</i>	9
1.2. Droit français	10
1.2.1. <i>Le droit positif de la protection des secrets d'affaires en France</i>	10
1.2.2. <i>Prospective et projets</i>	12
2. UN IMPACT ECONOMIQUE IMPORTANT POUR LES ENTREPRISES	13
CHAPITRE 2	
POUR UNE CLARIFICATION DE L'ARTICULATION ENTRE LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES SECRETS D'AFFAIRES	15
1. L'ABSENCE DE CONSECRATION D'UN NOUVEAU DROIT DE PROPRIETE INTELLECTUELLE	15
2. PRESERVER L'AUTONOMIE ENTRE DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET SECRETS D'AFFAIRES	16

CHAPITRE 3	
POUR DE NOUVELLES REGLES DE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES AU SERVICE DES ENTREPRISES	19
1. PRECISER LES DEFINITIONS	19
1.1. Secret d'affaires	19
1.2. Détenteur du secret d'affaires	21
1.3. Produits en infraction	21
2. REDESSINER LES CONTOURS DES ACTES ILLICITES ET LICITES	22
2.1. Rationaliser certaines hypothèses d'obtention et d'utilisation illicites d'un secret d'affaires	22
2.1.1. Réviser les critères de qualification de l'obtention illicite du secret d'affaires	22
2.1.2. Importation, exportation et stockage de produits en infraction : étendre la notion de bonne foi	24
2.2. Revoir les cas d'obtention, de divulgation et d'utilisation licites	25
2.2.1. Réserver le cas de l'ingénierie inverse	25
2.2.2. Resserrer certaines hypothèses d'obtention, d'utilisation et de divulgation n'ouvrant pas droit aux recours	26
3. AMELIORER LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES	27
3.1. Allonger le délai de prescription	27
3.2. Mieux articuler les secrets d'affaires et le principe du contradictoire	28
3.3. Prévoir des mesures probatoires	30
3.4. Approuver les critères d'indemnisation	31
 ANNEXE I	
BENCHMARK JURIDIQUE – ELEMENTS DE DROIT COMPARE SUR LE DROIT APPLICABLE AUX SECRETS D'AFFAIRES	32
 ANNEXE II	
TABLEAU RECAPITULATIF DES CARACTERISTIQUES DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET DES SECRETS D'AFFAIRES	39

LES PRINCIPALES PROPOSITIONS

La CCI Paris Ile-de-France soutient la proposition de directive relative aux secrets d'affaires, qui permet de définir un cadre solide et harmonisé de la protection des informations confidentielles en Europe. Ce texte devrait avoir pour conséquence de protéger de manière efficace le patrimoine informationnel et intellectuel des entreprises.

Toutefois, pour que ce nouveau dispositif réponde parfaitement aux besoins des entreprises, la CCI Paris Ile-de-France a identifié un certain nombre d'objectifs et formule des propositions d'amélioration du texte pour y répondre :

OBJECTIFS A ATTEINDRE	PROPOSITIONS
PRESERVER L'AUTONOMIE ENTRE DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET SECRETS D'AFFAIRES	PROPOSITION N° 1 Reformuler la seconde phrase du considérant 28 de la proposition de directive comme suit : « <i>En tout état de cause, seule la présente directive s'applique à la protection des secrets d'affaires.</i> »
PRECISER LES DEFINITIONS	PROPOSITION N° 2 Substituer à la notion de « <i>personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question</i> » celle de « <i>professionnels du secteur concerné</i> ». PROPOSITION N° 3 Remplacer l'expression « <i>valeur commerciale</i> » par l'expression « <i>valeur économique, réelle ou potentielle</i> ». PROPOSITION N° 4 Compléter la définition de « <i>détenteur de secret d'affaires</i> », en prévoyant que l'employeur est détenteur des informations développées par son salarié, lorsque celles-ci ont un lien avec les activités de l'entreprise. PROPOSITION N° 5 Remplacer l'expression « <i>dessin ou modèle</i> » par celle d'« <i>expression de la forme</i> » de manière à éviter de créer une confusion avec les droits de propriété intellectuelle.
RATIONALISER CERTAINES HYPOTHESES D'OBTENTION ET D'UTILISATION ILLICITES D'UN SECRET D'AFFAIRES	PROPOSITION N° 6 Supprimer les références à des qualifications pénales. PROPOSITION N° 7 Définir de façon plus précise les « <i>comportements considérés comme contraires aux usages commerciaux honnêtes</i> ». PROPOSITION N° 8 Etendre la notion de bonne foi aux hypothèses d'importation, d'exportation et de stockage de produits en infraction comme critère de qualification du comportement illicite.

REVOIR LES CAS D'OBTENTION, DE DIVULGATION ET D'UTILISATION LICITES	PROPOSITION N° 9 Supprimer toute mention relative à l'ingénierie inverse. PROPOSITION N° 10 Préciser que les représentants des salariés auxquels des secrets d'affaires sont divulgués sont tenus à une obligation de confidentialité. PROPOSITION N° 11 Supprimer dans les actes licites la référence à la « <i>protection d'un intérêt légitime</i> ».
RENFORCER L'EFFICACITE DE LA MISE EN ŒUVRE PROCEDURALE DES SECRETS D'AFFAIRES	PROPOSITION N° 12 Allonger les délais minimum et maximum de prescription de l'action en protection d'un secret d'affaires pour les porter respectivement de 1 à 3 ans et de 2 à 6 ans. PROPOSITION N° 13 Étendre à l'ensemble des procédures judiciaires civiles nationales et devant les autorités administratives indépendantes les mesures de protection des secrets d'affaires. PROPOSITION N° 14 Prévoir que, lorsqu'il est fait droit à une demande de restriction d'accès à un document contenant un secret d'affaires, une version non confidentielle de ce document soit communiquée à la partie empêchée d'y accéder. PROPOSITION N°15 Envisager la communication des documents contenant un secret d'affaires aux avocats et experts agréés dans les seuls cas où ces éléments de preuve sont indispensables à l'exercice des droits de la défense. PROPOSITION N°16 Admettre une restriction de l'accès aux audiences à un nombre limité de personnes sous réserve qu'au moins une personne représentant chaque partie, ses avocats et les experts agréés soient présents. PROPOSITION N° 17 Insérer dans la proposition de directive la possibilité pour le détenteur d'un secret d'affaires d'obtenir, sur requête ou en référé, des mesures probatoires s'inspirant de ce que prévoit la directive 2004/48/CE à l'égard de la protection des droits de propriété intellectuelle.

Plans marketing, recettes, procédés de fabrique, listes de clients, de fournisseurs, stratégies de marché, modalités de facturation, techniques de gestion du personnel, organisation juridique, financière... Nombreuses sont les informations qui sont gardées secrètes par les entreprises afin de préserver leur avantage compétitif sur un marché. En terminologie juridique, on parle de « *secrets d'affaires* »¹.

Pour des raisons diverses, les entreprises, petites ou grandes et quelle que soit leur activité, attachent une importance croissante à la confidentialité des informations sur lesquelles elles bâtissent leur position concurrentielle².

Dans une société de l'information mondialisée où les actes de vol et d'espionnage ne font qu'augmenter³, la protection effective des secrets d'affaires apparaît aujourd'hui comme un enjeu majeur et incontournable pour les entreprises⁴.

Or, il apparaît que la protection juridique de ces secrets dans l'Union européenne est à ce jour fragmentée et insuffisante⁵, exposant le patrimoine intellectuel des entreprises à des risques d'appropriation frauduleuse.

Forte de ces constats, la Commission européenne a déposé, le 28 novembre 2013, une proposition de directive « *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* »⁶. Elle entend protéger les positions concurrentielles des entreprises, leur capacité d'innovation, notamment dans le domaine de l'innovation collaborative, et stimuler l'emploi pour favoriser le marché intérieur et la croissance en Europe.

A cette fin, le texte vise à assurer la convergence des droits civils nationaux en ce qui concerne la détermination du caractère illicite des actes d'appropriation, d'utilisation et de divulgation de secrets d'affaires, les voies de recours, et la protection de la confidentialité de ces secrets pendant et après une action en justice.

La CCI Paris Ile-de-France approuve l'objectif général poursuivi, mais préconise, pour améliorer la protection des secrets d'affaires, des modifications. A ce jour, le texte est en cours de négociation entre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne qui a présenté ses propositions d'amendements⁷. Par conséquent, la CCI Paris Ile-de-France en collaboration avec son Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle (IRPI)⁸ entend également formuler ses observations sur une partie de ces propositions de modifications.

¹ Proposition de directive COM(2013) 813 final, exposé des motifs, point 1 p. 3.

² Plus de 65% des entreprises ayant répondu à la consultation publique ouverte par la Commission sur ce sujet considèrent que les secrets d'affaires ont une influence fortement positive sur la R&D, l'innovation, la compétitivité, la croissance et l'emploi – Etude d'impact accompagnant la proposition de directive, SWD(2013) 471 final, p. 82.

³ Environ 34% des entreprises détentrices de secrets d'affaires interrogées dans le cadre de la consultation publique menée par la Commission déclarent avoir déjà fait l'objet d'un vol d'informations confidentielles, SWD(2013) 471 final, p. 17.

⁴ HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, « *Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes)*, Report on Trade Secrets for the European Commission », MARKT/2010/20/D, § 19.

⁵ 63% des entreprises déclarent que le niveau de protection juridique des secrets d'affaires est faible dans sa globalité.

⁶ Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM(2013) 813 final - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0813&from=FR>.

⁷ Conseil de l'Union européenne « *compétitivité* » du 26 mai 2014, dossier interinstitutionnel n° 2013/0402(COD), disponible uniquement en anglais - <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209870%202014%20INIT>.

⁸ Avec la collaboration de Madame Françoise ARNAUD-FARAUT et de Monsieur Elie LOUNIS du département de droit civil et commercial, de Madame Catherine DRUEZ-MARIE et de Madame Sarah VELTÉ de l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle (IRPI).

PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES : UN ENJEU DE COMPETITIVITE POUR LES ENTREPRISES

CHAPITRE 1

Protection du secret des affaires : un enjeu de compétitivité pour les entreprises

1. Un droit aujourd'hui fragmenté et hétérogène

Pour bien appréhender la matière, une approche comparative du contexte juridique européen et international est incontournable (1.1) ; cette analyse permet la mise en perspective du droit français (1.2).

1.1 Droit comparé

Il est nécessaire de comparer la situation française aux contextes européen (1.1.1) et international (1.1.2).

1.1.1. L'Union européenne

La protection des secrets d'affaires reste actuellement marquée par une forte disparité entre les États membres de l'Union européenne⁹.

D'un point de vue global, il ressort des études menées par la Commission européenne¹⁰ que seule la Suède dispose d'une loi exclusivement consacrée à la répression des atteintes aux secrets d'affaires¹¹. Quelques pays ont prévu, au sein de textes plus généraux, des dispositions législatives spécifiques à ce sujet¹². D'autres n'accordent aucune protection particulière, mais appréhendent néanmoins les violations de secrets d'affaires par le biais de principes fondamentaux du droit¹³.

D'un point de vue plus spécifique, la Commission européenne relève d'abord que les États membres n'accordent pas tous la possibilité pour les détenteurs légitimes de secrets d'affaires de demander la **destruction ou la restitution de produits** fabriqués ou de documents, fichiers et matériaux utilisés par un contrevenant. Ensuite, la détermination des règles ou méthodes de **calcul des dommages-intérêts** dus par ce dernier au profit du détenteur du secret d'affaires n'est pas harmonisée au niveau européen. Enfin, la **protection du caractère confidentiel du secret d'affaires en cas de recours en justice** n'est pas garantie par tous les États membres.

⁹ Proposition de directive COM(2013) 813 final, exposé des motifs, point 1 *in fine*, considérant 6 et suivants.

¹⁰ HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, "Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes), Report on Trade Secrets for the European Commission", MARKT/2010/20/D – http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/120113_study_en.pdf ; BAKER & MC KENZIE, "Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market", final study April 2013, MARKT/2011/128/D – http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf.

¹¹ Loi 1990:409 du 31 mai 1990 relative à la protection des secrets commerciaux.

¹² Tel est par exemple le cas de l'Autriche, de la Hongrie ou de la Lettonie, dont les dispositions relatives aux secrets d'affaires relèvent du droit de la concurrence déloyale, ou du Portugal et de l'Italie, qui règlent la question par des dispositions incluses dans leur code de propriété intellectuelle.

¹³ Tel est le cas, notamment, au Royaume-Uni, en Irlande, aux Pays-Bas, à Malte ou encore, en France, où la question est, pour l'essentiel, réglée par le recours aux principes généraux du droit de la responsabilité.

1.1.2. Contexte international

A l'échelle internationale, il est essentiel de mentionner à titre liminaire l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après « **Accord ADPIC** »), adopté en 1994 dans le cadre de l'OMC puis ratifié par l'ensemble de l'Union européenne. C'est actuellement l'accord multilatéral le plus complet en matière de propriété intellectuelle mais également le pilier de la protection internationale des secrets d'affaires¹⁴. Cet accord ne permet toutefois pas une harmonisation totale des secrets d'affaires en Europe, puisqu'il ne fait pas l'objet d'une mise en œuvre unifiée dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne.

La proposition de la Commission s'inscrit dans un univers juridique international et concurrentiel. Les secrets d'affaires font aussi l'objet de mesures de protection par-delà les frontières de l'UE. A ce titre, les droits américain, japonais et chinois méritent une attention particulière¹⁵.

Aux **Etats-Unis** en premier lieu, les secrets d'affaires font l'objet d'une protection forte assurée par deux textes : l'*Uniform Trade Secrets Act* (UTSA)¹⁶ et l'*Economic Espionage Act* (EEA) ou « *Cohen Act* »¹⁷. L'UTSA, d'une part, donne une définition légale des secrets d'affaires¹⁸ et prévoit les mesures civiles applicables en cas d'appropriation illicite¹⁹. Ces dernières incluent notamment des dispositifs d'injonction²⁰, de réparation²¹ et de protection de la confidentialité du secret en cours de procédure²². L'EEA, d'autre part, est un acte fédéral, qui sanctionne, en tant que délit, le vol et l'utilisation frauduleuse de secrets d'affaires²³, qu'il prend le soin de définir. Ce texte formule un principe de protection des secrets d'affaires au cours de l'instance pénale²⁴.

Le **Japon**, en deuxième lieu, prévoit également des mesures de nature à satisfaire cet objectif. En droit japonais, sont des actes de concurrence déloyale l'acquisition, l'utilisation et la divulgation frauduleuses de secrets d'affaires²⁵. Le détenteur du secret peut demander en justice des mesures d'injonction (pouvant aller jusqu'à la

¹⁴ J-C. GALLOUX, « *Droits sur les créations nouvelles* », RTD Com. 2014, n°1, p. 87 et suivantes. En effet, l'article 39 alinéa 2 de l'Accord ADPIC prévoit les trois conditions cumulatives conditionnant la protection des informations confidentielles : « *Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements : a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets* ».

¹⁵ Pour un benchmark plus complet des différentes législations étrangères, voir l'annexe I jointe au présent rapport.

¹⁶ Ce texte, proposé par l'*Uniform Law Commission* (ULC) en 1979 n'est pas obligatoire pour les Etats américains ; toutefois 47 d'entre eux ainsi que le District de Columbia, Porto Rico et les Iles Vierges Américaines l'appliquent dans leur législation nationale.

¹⁷ « *Economic Espionage Act of 1996* » (L. 104-294) du 11 octobre 1996, amendé par le « *Theft of Trade Secrets Clarification Act of 2012* » (L. 112-236) du 28 décembre 2012.

¹⁸ UTSA, section 1(4).

¹⁹ *Ibid.*, section 1(1).

²⁰ *Ibid.*, section 2.

²¹ *Ibid.*, section 3.

²² *Ibid.*, section 5.

²³ US Code, Title 18, Chapter 90, §1832. La sanction prononcée peut aller, pour les personnes physiques, jusqu'à 10 ans d'emprisonnement assorti, le cas échéant, d'une amende. Les personnes morales peuvent être sanctionnées d'une amende allant jusqu'à 5.000.000 \$.

²⁴ US Code, Title 18, Chapter 90, §1836.

²⁵ 不正競争防止法, (Loi sur la prévention de la concurrence déloyale) n°47, du 19 mai 1993, article 2, § (iv) à (ix).

destruction des objets fabriqués de manière illicite²⁶) et de réparation²⁷. Le Code de procédure civile japonais aménage le déroulement de l'instance pour éviter qu'un secret d'affaires ne vienne à être divulgué²⁸.

En troisième lieu, la **Chine**, à l'instar du Japon, aborde les atteintes aux secrets d'affaires sous l'angle de la concurrence déloyale, notamment. Ainsi, la loi chinoise sur la concurrence déloyale²⁹ prévoit une définition des secrets commerciaux protégés³⁰ et l'existence d'un droit pour leur détenteur d'obtenir des mesures d'injonction³¹ ou de réparation en cas de violation³². Les manquements aux secrets commerciaux sont également sanctionnés par l'autorité administrative³³ et incriminés par le droit pénal³⁴.

1.2. Droit français

L'examen du droit positif (1.2.1) précède naturellement celui des projets (1.2.2.).

1.2.1. Le droit positif de la protection des secrets d'affaires en France

- **L'absence de définition normative des secrets d'affaires**

S'il est recouru à la notion de « *secret d'affaires* » en droit français tant dans les textes³⁵ qu'en jurisprudence, il n'en existe à ce jour aucune définition normative précise³⁶, ce qui préjudicie à leur protection. Seules les informations ou les secrets d'ordre technique³⁷ sont appréhendés par le droit de la propriété intellectuelle, à travers le savoir-faire (qui inclut les secrets de fabrique) et les données techniques (designs, dossiers de fabrication d'un nouveau produit, codes sources de logiciels, contenu des dossiers d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament, etc.).

- **Un kaléidoscope de règles applicables**

En l'absence de texte spécifique dédié à la protection des secrets d'affaires, de nombreuses voies de droit sont concevables. Il est possible de puiser dans le droit pénal, civil et processuel des fondements de protection. La multiplicité des normes invocables nuit à la lisibilité de la législation et favorise l'insécurité juridique.

²⁶ *Ibid.*, article 3.

²⁷ *Ibid.*, articles 4 et 5, lorsque le contrevenant a tiré des bénéfices du fait de l'appropriation intentionnelle et frauduleuse du secret, le montant des dommages-intérêts est présumé être égal au montant des profits réalisés, ou au moins égal au montant qui aurait normalement été payé en contrepartie de l'utilisation licite du secret d'affaires.

²⁸ 民事诉讼法, (Code de procédure civile), articles 92(1)(ii) et 132-2(1)(iii).

²⁹ 中华人民共和国反不正当竞争法 (Loi sur la protection contre la concurrence déloyale) du 2 septembre 1993.

³⁰ *Ibid.*, article 10 dernier alinéa.

³¹ La loi sur la protection contre la concurrence déloyale ne prévoit pas expressément cette possibilité, mais la jurisprudence chinoise a pu ordonner de telles mesures sur le fondement de l'article 100 de la Loi de Procédure civile réformée en 2012, Voir en ce sens : L. ZHANG, « *Protection of Trade Secrets - China* », The Law Library of Congress, août 2013, p.7-8.

³² *Ibid.*, article 20.

³³ *Ibid.*, article 25, l'autorité administrative peut enjoindre la cessation des manquements et condamner le contrevenant à payer une somme comprise entre 10.000 et 200.000 Yuan RMB Chinois (soit une somme environ comprise entre 1.200 et 23.700 euros).

³⁴ 中华人民共和国刑法 (Loi pénale de la République Populaire de Chine), article 219.

³⁵ Le site *Légifrance* dénombre 667 occurrences du terme « *secret des affaires* » ou expressions assimilées au Journal Officiel de la République Française (JORF).

³⁶ Rapport du 11 janvier 2012 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi (n° 3985) de M. B. CARAYON « *visant à sanctionner la violation du secret des affaires* », p. 10 ; Rapport du 17 avril 2009 du groupe de travail présidé par M. C. MATHON, « *La protection du secret des affaires : enjeux et propositions* », p. 8.

³⁷ J.- C. GALLOUX, « *Droits sur les créations nouvelles* », RTD Com. 2014, n°1, p. 87 et suivantes.

Instruments de protection pénale

Alors que la plupart des Etats européens incriminent la violation des secrets d'affaires, l'absence de texte pénal spécifique à cette matière rend leur protection faillible en France. **Cela étant, dans des circonstances bien précises, il apparaît possible de protéger les renseignements non divulgués sur la base d'incriminations spéciales ou générales.**

Par exemple, sur le terrain du droit pénal spécial, la **protection des secrets de fabrique**³⁸ pénalise la divulgation par un directeur ou un salarié d'un tel secret. Le délit de **violation du secret professionnel**³⁹ permet, si les circonstances le justifient, de mener à la condamnation du contrevenant tenu à ce secret.

Le droit pénal général peut également servir de base juridique à la protection des secrets d'affaires. C'est ainsi que la soustraction frauduleuse du support objet des informations couvertes par un tel secret (papiers, clé USB, disque dur...) sera qualifiable de **vol**⁴⁰, et le détournement de l'information, d'**abus de confiance**⁴¹. L'obtention d'un secret d'affaires par le biais d'actes de **corruption active** d'un salarié⁴² ou du **piratage du réseau informatique** de l'entreprise⁴³ pourra également faire l'objet de poursuites pénales.

Instruments de protection civile

Le détenteur peut obtenir des **mesures d'injonction**⁴⁴ ou de **réparation**. A ce dernier titre, la responsabilité de droit commun, tant délictuelle que contractuelle, constitue sans doute le moyen le plus utilisé en pratique pour assurer la préservation de ces secrets.

D'une part, l'engagement de la **responsabilité délictuelle** suppose la preuve d'une faute du contrevenant, d'un préjudice subi par le détenteur du secret et d'un lien de cause à effet entre cette faute et le dommage⁴⁵. C'est ainsi qu'en droit français, la captation illicite d'un secret d'affaires peut être constitutive d'un comportement de concurrence déloyale fautif qui sera appréhendé sur le terrain de la responsabilité délictuelle⁴⁶, pour peu qu'il cause un préjudice au détenteur. Une responsabilité identique est encourue par celui qui, sous la même réserve, viole une obligation légale de confidentialité ou de discrétion.

D'autre part, les entreprises sont également libres de prévoir, par contrat, que telle ou telle personne signataire sera tenue au secret. Par conséquent, lorsque le contrevenant ne respecte pas les termes de l'accord, il est susceptible d'engager sa **responsabilité contractuelle**⁴⁷.

D'aucuns ont pu souligner les lacunes du droit français quant à la protection civile des secrets d'affaires⁴⁸. En effet, premièrement et dans la plupart des cas, les mesures d'injonction ou de réparation ne peuvent intervenir qu'a posteriori, après la réalisation du dommage (généralement, la divulgation du secret d'affaires). Secondement, le caractère général des fondements invocables rend les réponses judiciaires incertaines et grandement dépendantes des circonstances de fait.

³⁸ Article L. 1227-1 du Code du travail, repris à l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁹ Article 226-13 du Code pénal.

⁴⁰ Articles 311-1 et suivants du Code pénal.

⁴¹ Articles 314-1 et suivants du Code pénal.

⁴² Article 445-1 du Code pénal.

⁴³ A condition qu'il constitue un accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données au sens de l'article 323-1 du Code pénal.

⁴⁴ En référé ou sur requête, afin de prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite ; par exemple, un acte de concurrence déloyale.

⁴⁵ Article 1382 du Code civil.

⁴⁶ Par exemple, pour un salarié qui met le secret à la disposition d'un employeur concurrent : voir Cass. Com., 19 décembre 2000, n° 98-22.596.

⁴⁷ Par combinaison des articles 1134 et 1147 du Code civil.

⁴⁸ Rapport du 11 janvier 2012 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi (n° 3985) de M. B. CARAYON « visant à sanctionner la violation du secret des affaires », p. 18.

Instruments de protection des secrets en cours de procédure

Les règles de procédure tiennent parfois compte de la nécessité de préserver les secrets d'affaires contre leur divulgation en cours d'instance.

Le secret des affaires peut constituer un motif de nature à faire obstacle à une mesure d'instruction *in futurum* demandée avant tout procès⁴⁹. En revanche, la jurisprudence est partagée sur le point de savoir s'il est possible de l'opposer à une demande de production forcée de pièces, une fois l'instance engagée⁵⁰.

Certaines règles processuelles prennent en considération l'impératif de protection des secrets d'affaires. A titre d'exemple, en matière de concurrence, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut, sur demande du détenteur et sous certaines conditions, refuser à une partie la communication ou la consultation de contenus mettant en jeu un secret d'affaires⁵¹. De même, devant la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF), le président de la formation saisie du dossier peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience lorsque la protection des secrets d'affaires l'exige⁵².

Toutefois, ces mesures restent cantonnées à des procédures spéciales de telle sorte qu'il n'existe pas, en droit processuel français, de règle générale permettant d'assurer une protection fiable des secrets d'affaires au cours de toute instance juridictionnelle.

1.2.2. Prospective et projets

La faiblesse du droit français en la matière a conduit à de nombreuses réflexions et propositions. En 2009, le rapport rendu par le groupe de travail présidé par Monsieur Claude Mathon⁵³ préconisait, outre l'introduction d'un principe général de responsabilité pour violation des secrets d'affaires dans le Code civil, l'aménagement du droit pénal pour permettre une incrimination simplifiée des atteintes portées à ces secrets.

Suite au rapport « Mathon », une proposition de loi « *visant à sanctionner la violation du secret des affaires* »⁵⁴ avait été déposée à l'initiative du député Bernard Carayon. Ce texte avait notamment pour finalité d'introduire en droit français une définition des secrets d'affaires ainsi qu'un délit pénal sanctionnant les atteintes qui leur seraient portées. Cette proposition, bien que votée à l'Assemblée nationale, n'a jamais été examinée par le Sénat devant lequel elle est toujours pendante⁵⁵.

Plus récemment, une proposition de loi relative à la protection du secret des affaires a été déposée à l'Assemblée nationale, à l'initiative des députés Bruno Le Roux et Jean-Jacques Urvoas⁵⁶. Elle prévoit de pré-transposer, dans le Code de commerce, la proposition de directive objet du présent rapport. Elle suggère en

⁴⁹ Ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. En effet, si la jurisprudence considère que le secret d'affaires ne constitue pas, « *en lui-même* », un obstacle permettant de faire échec à la demande (Cass. Com, 7 janvier 1999, n° 95-21.934), le juge apprécie le motif légitime du demandeur à l'aune du risque de violation du secret d'affaires du défendeur (Voir en ce sens : S. PIERRE-MAURICE, « *Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum* », D. 2002 p. 3131).

⁵⁰ Ordonnée sur le fondement des articles 10 du Code civil et 11 du Code de procédure civile. Pour une jurisprudence refusant cette possibilité, voir : Cass. Civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, n° 85-16.436 ; pour une jurisprudence l'acceptant, voir : TC Créteil, 1^{re} Ch, 13 octobre 2009, RG n° 2008F00629.

⁵¹ Article L. 463-4 du Code de commerce.

⁵² Article L. 621-15, IV bis, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

⁵³ Rapport du 17 avril 2009, « *la protection du secret des affaires : enjeux et propositions* », adressé au Haut Responsable chargé de l'Intelligence économique.

⁵⁴ Proposition de loi n° 3985, déposée le 22 novembre 2011 et adoptée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012.

⁵⁵ Voir la prise de position de la CCI Paris Ile-de-France de février 2012 – <http://www.etudes.cci-paris-idf.fr/sites/www.etudes.cci-paris-idf.fr/files/upload/prises-position/secret-affaires-violation-nor1202.pdf>.

⁵⁶ Proposition de loi n° 2139 relative à la protection du secret des affaires, enregistrée le 16 juillet 2014 – <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion2139.pdf>.

outre d'intégrer dans ce code une nouvelle infraction pénale d'atteinte au secret des affaires, allant ainsi clairement au-delà du texte examiné.

2. Un impact économique important pour les entreprises

Lorsque leurs secrets commerciaux sont compromis, les entreprises s'exposent à des pertes potentielles, notamment de leur réputation mais aussi de leurs avantages concurrentiels⁵⁷. Certaines estimations de la valeur économique des secrets commerciaux ont été émises, pour les États-Unis au cours de la dernière décennie, évaluant le coût de la violation de ces secrets à 300 milliards de dollars⁵⁸.

Selon l'enquête de la Commission européenne sur le rôle des secrets commerciaux⁵⁹, le succès ou la tentative de détournement de tels secrets a entraîné, pour les entreprises concernées, une perte de chiffre d'affaires (56 %) mais aussi des frais d'enquête interne (44 %), l'augmentation de leurs dépenses de protection (35 %), des coûts pour la négociation de règlements (34 %) comme des frais engagés pour poursuivre et plaider en justice (31 %).

En outre, la Commission relève qu'une entreprise sur cinq a été victime d'au moins une tentative de violation de ses secrets d'affaires au cours des dix dernières années et une sur quatre aurait signalé un vol d'informations en 2013 contre 18 % en 2012⁶⁰.

Une interview de certains membres du Conseil européen de l'industrie chimique – un des secteurs économiques les plus affectés par la violation des secrets d'affaires – a révélé que le détournement de secrets ou renseignements commerciaux confidentiels pouvait entraîner une perte de revenus pour une entreprise allant jusqu'à 30 %⁶¹. Ce pourcentage pourrait atteindre 80 % voire 100 % quand les secrets commerciaux en jeu concernent la différenciation des produits ou des processus de fabrication. La violation de leurs secrets commerciaux pourrait avoir un impact significatif, à court terme, sur l'avenir de ces entreprises, surtout s'ils tombent entre les mains d'un concurrent ou d'un nouvel entrant potentiel sur le marché. Cela pourrait, également à moyen ou long terme, conduire à une restructuration majeure, y compris un arrêt de l'activité de l'entreprise et une délocalisation de son activité vers des pays à coût de productivité moindre.

⁵⁷ OCDE, *Approaches of protection of undisclosed information (trade secrets)*, janvier 2014 – [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC/WP\(2013\)21/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC/WP(2013)21/FINAL&docLanguage=En)

⁵⁸ COUNSEL O' MELVERY & MYERS LLP, *"A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in State Courts"*.

⁵⁹ BAKER & MC KENZIE, *"Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market"*, précit.

⁶⁰ Commission européenne, *La Commission propose des règles pour la protection du secret d'affaires*, novembre 2013 – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1176_fr.htm?locale=fr

⁶¹ CEFIC Trade Secrets, *"Facts & Figures on the Chemical Industry in Europe"*, mars 2013 – <http://www.cefic.org/Documents/PolicyCentre/Industrial%20Policy/Trade-Secrets-Cefic-Facts-and-Figures-14-March-2013.pdf>

POUR UNE CLARIFICATION DE L'ARTICULATION ENTRE LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES SECRETS D'AFFAIRES

CHAPITRE 2

Pour une clarification de l'articulation entre les droits de propriété intellectuelle et les secrets d'affaires

Le point de savoir si les secrets d'affaires sont ou non un droit de propriété intellectuelle fait l'objet d'un débat.

Une partie de la doctrine, en particulier française, considère que les secrets d'affaires sont nettement distincts des droits de propriété intellectuelle⁶². Cette conception est partagée par les pays anglo-saxons⁶³.

Une autre partie assimile, au contraire, les secrets d'affaires aux droits de propriété intellectuelle, sans toutefois leur accorder de caractère exclusif⁶⁴. Cette approche est consacrée, par exemple, en droit américain⁶⁵ et par l'Accord ADPIC qui intègre les dispositions relatives à la protection des secrets d'affaires dans les dispositions dédiées aux droits de propriété intellectuelle, « *même si le traité ADPIC ne se prononce pas explicitement sur une doctrine particulière* »⁶⁶.

Avec cette réforme, la Commission européenne n'a pas choisi de consacrer un nouveau type de droit de propriété intellectuelle pour les secrets d'affaires⁶⁷ (1). Toutefois, la question de l'articulation entre les deux matières reste entière (2).

1. L'absence de consécration d'un nouveau droit de propriété intellectuelle

La proposition de directive établit une nette distinction de nature entre les droits de propriété intellectuelle et les secrets d'affaires, et ce dès le considérant 10 du texte : « *Dans l'intérêt de l'innovation et de la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires.* »

La principale différence entre les deux instruments⁶⁸ tient à ce que, à l'inverse des droits de propriété intellectuelle, la protection du caractère confidentiel d'une information ne confère aucun droit exclusif à son titulaire⁶⁹.

⁶² On peut relever néanmoins qu'au sein même des institutions françaises, les prises de position peuvent se révéler contradictoires. Le Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) estime en substance que les protections ne sont pas identiques (Réponse des autorités françaises à la consultation publique de la Commission européenne sur la protection du savoir-faire des entreprises et des chercheurs, 27 mars 2013 – http://www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/04_Consultations_publicques/Reponse_FR2013/20130327_ReponseFR_Secret_des_affaires.pdf) tandis que le Commissariat général à la stratégie et à la prospective (CGSP) considère que : « *Juridiquement, le secret des affaires relève bien de la PI, même s'il ne constitue pas un titre formel [...]* » (voir la note d'analyse « *L'usage de la propriété intellectuelle par les entreprises : quels leviers pour de meilleures pratiques ?* », mars 2014, p. 4 – <http://www.strategie.gouv.fr/blog/wp-content/uploads/2014/03/2014-03-19-Propriete-intellectuelle.pdf>).

⁶³ F. HAGEL, « *Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères* », Cahiers de droit de l'entreprise, 2012, n° 1, p. 36 et suivantes.

⁶⁴ Voir notamment la position de l'OMPI à travers la plume de son vice-directeur général : « *Le secret d'affaires : un droit de propriété intellectuelle méconnu ?* », OMPI Magazine, juin 2013, p. 2-4.

⁶⁵ Arrêts de la Cour suprême américaine *Kewanee Oil vs Bicon*, 416 US 470, 480-84 (1974) et *Ruckelshaus vs Monsanto*, 467 US 986 (1984), cités par F. HAGEL, précit.

⁶⁶ F. DESSEMONTET, « *Les secrets d'affaires dans l'ADPIC – Problèmes actuels de droit économique* », Mélanges en l'honneur du professeur C.A. JUNOD, 1997.

⁶⁷ En effet, à propos de son choix de ne pas étendre l'application de la directive 2004/48/CE aux secrets d'affaires, la Commission européenne précise expressément que les secrets d'affaires ne sont pas des droits de propriété intellectuelle (Commission staff working document SWD(2013) 471 final, Annexe 23 p. 267).

⁶⁸ Pour un tableau comparatif des différences entre secrets d'affaires et droits de propriété intellectuelle, voir annexe II.

⁶⁹ La violation des secrets d'affaires ne peut donc être sanctionnée dans le cadre d'une action en contrefaçon, réservée aux atteintes à des droits privatifs sur des actifs incorporels. Même si la voie civile est privilégiée par les titulaires de droits, la voie pénale est également ouverte pour les actions en contrefaçon.

Dans ce contexte, le parti pris de la Commission de ne pas consacrer une nouvelle catégorie de droits de propriété intellectuelle au travers de la protection des secrets d'affaires est judicieux. Ce choix, qui ne contrarie pas les prévisions de l'accord ADPIC, permet de respecter l'essence du droit de la propriété intellectuelle qui attribue un monopole à son titulaire.

2. Préserver l'autonomie entre droits de propriété intellectuelle et secrets d'affaires

Dans les faits, les droits de propriété intellectuelle et les secrets d'affaires sont naturellement amenés à se rencontrer⁷⁰ comme le relève l'exposé des motifs de la proposition de directive : « **Tout DPI commence par un secret** : un écrivain ne dévoile pas l'intrigue sur laquelle il travaille (futur objet du droit d'auteur), un constructeur automobile ne diffuse pas les premiers croquis d'un nouveau modèle de véhicule (futur dessin ou modèle), une entreprise ne révèle pas les premiers résultats de ses expériences technologiques (objet d'un futur brevet) ou les informations relatives au lancement d'un nouveau produit de marque (future marque de commerce), etc. »

Le secret est donc, chronologiquement, la première protection d'une création⁷¹, que celle-ci soit ou non destinée à être ultérieurement protégée par un droit de propriété intellectuelle.

Par ailleurs, pour des raisons stratégiques, le secret peut être préféré à un droit de propriété intellectuelle ; c'est même la solution privilégiée par nombre d'entreprises, et notamment les PME.

Plusieurs avantages peuvent justifier de garder une information confidentielle : le secret est effectivement applicable, non seulement aux secrets de fabrication, mais également à tout type d'information technique et commerciale ayant une valeur dès lors qu'elle n'est pas accessible aux tiers. De surcroît, et comme évoqué ci-dessus, les conditions de protection du secret sont beaucoup plus souples que celles relatives aux droits de propriété industrielle (absence de procédures administratives, de taxes, de limites territoriales, durée de protection en théorie illimitée⁷², etc.)⁷³.

Néanmoins, sans enlever de leur intérêt aux secrets d'affaires qui répondent à un réel besoin des entreprises, il faut bien admettre que ceux-ci comportent des contraintes. La protection par le secret ne confère pas de droits exclusifs à son détenteur et nécessite la mise en place de précautions raisonnables visant à empêcher l'accès au secret d'affaires à des tiers, ce qui engendre l'engagement de frais pour assurer le maintien de la confidentialité (serveurs sécurisés, mise en place de process internes et externes⁷⁴, etc.). En outre la nature par essence volatile du secret d'affaires rend son appréhension difficile et peut conduire, dans les faits, à une protection moindre que celle des droits de propriété intellectuelle.

La proposition de directive prévoit l'articulation entre droits de propriété intellectuelle et secrets d'affaires au considérant 28 du texte : « Les mesures adoptées afin de protéger les secrets d'affaires contre l'obtention, la

⁷⁰ Pour aller plus loin, voir J-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle » in Mélanges offerts à J. SCHMIDT, CEIPI/LITEC, 2013, p. 129-152).

⁷¹ Préalablement au dépôt de brevet, l'invention constitue en effet du savoir-faire, et celui-ci ne doit pas être dévoilé sous peine de la priver de nouveauté, interdisant dès lors la délivrance du titre. Il est également indispensable de ne pas divulguer un dessin ou modèle avant toute procédure de dépôt auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), la nouveauté constituant une condition de fond exigée en la matière.

Si la marque apparaît largement rétive à toute sorte de coexistence avec le secret, car elle a besoin d'être connue, voire reconnue pour remplir ses fonctions, il peut s'avérer utile stratégiquement de conserver secrète son intention de déposer une marque, afin d'éviter son appropriation par un concurrent. Le droit d'auteur obéit pour sa part à une autre logique, car l'acquisition de ce droit ne nécessite aucun dépôt. Ainsi, une œuvre même non divulguée est protégée à condition d'être originale.

⁷² La protection cesse lorsque les conditions de la protection ne sont plus réunies.

⁷³ Ces raisons sont parfaitement illustrées par l'exemple de la recette du Coca-Cola, qui demeure secrète depuis 1886.

⁷⁴ Les risques de divulgation par des salariés de l'entreprise ou des partenaires ne doivent pas être négligés. Aussi faut-il, pour assurer la divulgation de l'information lorsqu'une diffusion de l'information confidentielle à un tiers est nécessaire, recourir à des outils contractuels (accord de confidentialité, clause insérée dans le contrat de travail, dans un contrat de collaboration ou de sous-traitance).

*divulgarion et l'utilisation illicites ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines tels que les droits de propriété intellectuelle, le respect de la vie privée, l'accès aux documents et le droit des contrats. **Cependant, en cas de chevauchement entre le champ d'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil et le champ d'application de la présente directive, cette dernière prévaut en tant que *lex specialis*.** »*

La CCI Paris Ile-de-France est réservée sur la deuxième phrase de ce considérant, qui semble instaurer une primauté des secrets d'affaires sur les droits de propriété intellectuelle⁷⁵ : afin d'assurer une pleine application de la nouvelle directive, il semblerait que la Commission ait voulu éviter que le détenteur d'un secret d'affaires ne puisse recourir aux mesures et procédures prévues spécifiquement pour protéger les droits de propriété intellectuelle⁷⁶. En effet, dans la mesure où la directive 2004/48/CE ne définit pas ce qu'est un droit de propriété intellectuelle, son champ d'application reste ouvert⁷⁷.

Pour autant, il faut veiller à ce qu'une personne physique ou morale, à la fois titulaire d'un droit de propriété intellectuelle et détentrice d'un secret d'affaires, ne se trouve pas, par l'effet de cette *lex specialis*, privée du droit de se prévaloir des dispositions prises en application de la directive 2004/48/CE.

Dès lors, la règle doit être encadrée strictement.

PROPOSITION N° 1

Reformuler la seconde phrase du considérant 28 de la proposition de directive comme suit : « *En tout état de cause, seule la présente directive s'applique à la protection des secrets d'affaires.* »

⁷⁵ D'autant que la distinction entre les deux régimes a été clairement posée dès le considérant 10 de la même proposition de directive.

⁷⁶ Il pourrait en effet être tentant de bénéficier des mesures probatoires prévues aux articles 6 et 7 de la directive 2004/48/CE (v. infra proposition n° 17).

⁷⁷ La déclaration 2005/295/CE de la Commission concernant l'article 2 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil est cependant venue préciser que, a minima, les droits suivants entraient dans le champ de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle : le droit d'auteur, les droits voisins, le droit sui generis d'un fabricant de base de données, les droits du créateur des topographies d'un produit semi-conducteur, les droits des marques, les droits des dessins et modèles, les droits des brevets, y compris les droits dérivés de certificats de protection supplémentaires, les indications géographiques, les droits en matière de modèles d'utilité, la protection des obtentions végétales, les dénominations commerciales, dans la mesure où elles sont protégées en tant que droits de propriété exclusifs par le droit national concerné. Toutefois, le caractère non exhaustif de cette liste pourrait être mis en avant pour y inclure les secrets d'affaires. Tel est notamment le cas de l'Italie qui protège les secrets d'affaires sur le terrain de la directive 2004/48/CE.

POUR DE NOUVELLES REGLES DE PROTECTION DES SECRETS D’AFFAIRES AU SERVICE DES ENTREPRISES

CHAPITRE 3

Pour de nouvelles règles de protection des secrets d'affaires au service des entreprises

La question de la détermination des actes répréhensibles - actes illicites et licites - (2) précède naturellement celle de la mise en œuvre de la protection (3). Mais avant d'examiner ces deux points, il est nécessaire de se concentrer sur les définitions (1).

1. Préciser les définitions

Sont notamment définies les notions de « *secret d'affaires* » (1.1), de « *détenteur du secret d'affaires* » (1.2), ainsi que de « *produits en infraction* » (1.3).

1.1. Secret d'affaires

Texte

Au sens de l'article 2 de la proposition de directive, on entend par secret d'affaires des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:

- « a) *elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;*
- b) *elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;*
- c) *elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ; »*

Observations et propositions

D'emblée, on relève que sur la question de la définition du secret, la proposition de directive reprend celle des renseignements non-divulgués issue de l'accord ADPIC (article 39.2).

Trois conditions sont nécessaires à l'identification d'un secret d'affaires. Chacune mérite la formulation d'observations :

- **Condition tenant à l'étendue et l'intensité du secret** : le secret doit couvrir soit l'information dans sa globalité, soit la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments. En outre, pour être considérée comme secrète, l'information ne doit pas être « *généralement connue* » ou, à tout le moins, « *aisément accessible* ». Cette dernière précision permet d'éviter que la connaissance du secret par une personne tierce ne suffise à lui faire perdre cette qualification, dès lors que celui-ci reste difficilement accessible.

Le caractère secret de l'information s'apprécie avec pour référentiel les « *personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question* », c'est-à-dire du point de vue des professionnels du métier concerné. Comme le souligne un auteur, « *Il suffit qu'elle [l'information] ne soit pas facilement accessible aux professionnels concurrents [...] peu importe qu'un renseignement soit ignoré du grand public ; dès lors qu'il est connu des initiés, il ne saurait être considéré comme confidentiel* »⁷⁸.

D'un point de vue terminologique, la référence aux « **personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question** » est trop vague, complexe et risque de susciter une insécurité juridique source de contentieux.

⁷⁸J.-M. GARINOT, « *L'Union européenne au secours du secret d'affaires* », Dr et patrimoine 2014 p. 232.

C'est pourquoi, pour donner sa pleine valeur aux secrets d'affaires, il serait préférable d'adopter la notion de « *professionnels du secteur concerné* », qui n'est pas sans rappeler celle d' « *homme du métier* »⁷⁹ s'agissant d'informations confidentielles en matière de savoir-faire technique.

PROPOSITION N° 2

Substituer à la notion de « *personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question* » celle de « *professionnels du secteur concerné* ».

- **Condition tenant à la valeur commerciale de l'information en raison du secret** : le texte précise clairement que l'information a une valeur commerciale parce qu'elle est secrète. Cette notion de « *valeur commerciale* » suscite des interrogations.

D'une part, le fait de réserver la protection des secrets d'affaires à de telles informations n'exclut-il pas *de facto* celles non immédiatement exploitables sur le plan économique mais pourtant d'une valeur stratégique indiscutable ?

Sur ce point, les Etats-Unis ont une approche différente puisqu'ils prévoient en effet de protéger également les informations ayant une valeur réelle ou potentielle⁸⁰. Dès lors, pour éviter toute distorsion quant à la protection accordée aux Etats-Unis, il conviendrait que l'Union européenne accorde le même niveau de protection. Le Conseil compétitivité du 26 mai 2014 propose d'ailleurs d'inclure dans les considérants que la valeur commerciale de l'information protégée puisse n'être que « *potentielle* »⁸¹. **Une telle précision revêt une importance capitale parce qu'elle est une composante déterminante de la définition des secrets d'affaires. A ce titre, elle devrait être inscrite dans le corps de la proposition de directive et pas uniquement dans ses considérants.**

D'autre part, d'un point de vue terminologique, l'expression « *valeur commerciale* » se réfère généralement à la valeur dégagée par l'exercice d'un commerce. Or, les informations couvertes par le secret d'affaires devraient pouvoir relever non seulement de l'exercice d'une activité commerciale, mais également d'autres types d'activités (industrielle, artisanale, libérale...). Il ne faudrait pas que l'emploi de l'adjectif « *commercial* » conduise à réduire le champ des informations protégées. Aussi, afin d'éviter ce type de questionnement et pour pallier tout risque d'interprétation divergente, il serait opportun de parler de « *valeur économique* », plus englobante et certainement mieux appréhendée par les acteurs⁸².

PROPOSITION N° 3

Remplacer l'expression « *valeur commerciale* » par l'expression « *valeur économique, réelle ou potentielle* ».

- **Condition tenant aux moyens mis en œuvre en vue de protéger le secret** : il ne saurait y avoir secret si celui qui le détient ne met pas en œuvre les « *dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes* ».

⁷⁹ Selon la jurisprudence de l'Office européen des brevets (OEB), l'homme du métier « *s'entend d'un praticien qui dispose de connaissances et d'aptitudes moyennes et qui possède les connaissances générales dans le domaine concerné à une date donnée (homme du métier de compétence moyenne)*. Il est également censé avoir eu accès à tous les éléments de l'état de la technique, notamment les documents cités dans le rapport de recherche, et avoir eu à sa disposition les moyen et la capacité dont on dispose normalement pour procéder à des travaux et expériences courants » (Directives G-VII, 3 – version de juin 2012).

⁸⁰ Tel est en effet le cas tant dans l'*Uniform Trade Secrets Act* américain (section 1, comments) que dans l'*Economic Espionage Act* (US Code, Title 18, Chapter 90, §1839(3)(B)).

⁸¹ Council of the European Union, Interinstitutional file n° 2013/0402 (COD), p.15, considérant 8 de la proposition de directive modifiée.

⁸² Tel est le parti pris par le droit américain qui vise non pas la notion de « *commercial value* », mais d' « *economic value* » - *Economic Espionage Act* §1839(3)(B) US Code ; *Uniform Trade Secrets Act*, Section 1(4)(i). De la même manière, la Commission se réfère à cette notion dans son étude d'impact (SWD(2013) 471 final, p.12, point 2.1.1).

Si la référence au caractère « *raisonnable* » au regard des « *circonstances* » suppose nécessairement une part de subjectivité, le maintien d'un critère souple dans le texte doit être approuvé. Il sera, le cas échéant, affiné et unifié par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

1.2. Détenteur du secret d'affaires

Texte

La proposition de directive définit le « **détenteur du secret d'affaires** » comme « *toute personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un secret d'affaires* ». Toute entreprise peut donc prétendre à la protection instituée par la directive, à condition toutefois qu'elle soit dotée de la personnalité juridique. Le contrôle du détenteur sur le secret doit être « *licite* ».

Observations et proposition

La qualification de « *contrôle* » est essentielle en ce qu'elle détermine la personne considérée comme étant le « *détenteur d'un secret d'affaires* » et ayant par conséquent qualité pour agir en protection du secret.

Se pose la question de savoir qui de l'employeur ou du salarié doit être considéré comme détenteur d'un secret d'affaires. Par exemple, en France, le salarié auteur d'une invention brevetable doit en informer son employeur⁸³, afin que celui-ci soit en mesure d'exercer son droit légal d'attribution⁸⁴. L'employeur bénéficie ainsi, dès la date d'une invention de mission, d'une pleine maîtrise sur celle-ci, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation en 2004⁸⁵.

Dans ce contexte, les parties doivent « *s'abstenir de toute divulgation de nature à compromettre en tout ou en partie l'exercice des droits conférés par [la législation sur les brevets]* »⁸⁶.

Toutefois ce régime ne s'applique qu'aux inventions de nature technique.

La sécurité des entreprises commande donc de prévoir expressément, dans la proposition de directive, que le contrôle des informations confidentielles non-techniques développées par le salarié revient à l'employeur lorsque celles-ci ont un lien avec les activités de l'entreprise.

PROPOSITION N° 4

Compléter comme suit le paragraphe 2 de l'article 2 : « *'détenteur de secret d'affaires', toute personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un secret d'affaires. L'employeur est considéré comme ayant licitement le contrôle des informations confidentielles développées par son salarié, lorsque celles-ci ont un lien avec les activités de l'entreprise.* »

1.3. Produits en infraction

Texte

⁸³ Article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸⁴ L'employeur peut revendiquer des droits sur les inventions de mission (faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches, qui lui sont explicitement confiées) et les inventions hors mission attribuables (créées par le salarié dont ce n'était pas la mission, soit dans le domaine d'activité de l'entreprise, soit en utilisant les moyens de l'entreprise). Seules les inventions hors mission non attribuables à l'employeur, c'est-à-dire des inventions personnelles, réalisées en dehors de toute mission inventive et hors de l'entreprise appartiennent uniquement au salarié-inventeur. Pour les inventions de mission, l'employeur est tenu de verser au salarié une « *rémunération supplémentaire* » et, pour les inventions hors mission attribuables, un « *juste prix* ».

⁸⁵ Cass. crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.285 qui parle, à propos de l'invention litigieuse, « *d'un projet qui, dès sa réalisation, était propriété de son employeur et dont [le salarié] n'était devenu que détenteur* ».

⁸⁶ Article L. 611-7 § 3 du Code de la propriété intellectuelle.

La proposition de directive définit les « *produits en infraction* » comme « *des produits dont le dessin ou modèle, la qualité, le procédé de fabrication ou la commercialisation bénéficient notablement d'un secret d'affaires obtenu, utilisé ou divulgué de façon illicite* ».

Observations et proposition

L'emploi de l'adjectif « *notablement* » suggère que n'entrent dans le champ de la qualification des « *produits en infraction* » que ceux dont il est patent qu'ils ont été conçus, fabriqués ou commercialisés en connaissance d'un secret d'affaires protégé.

La proposition de directive se réfère à la notion de « *dessin ou modèle* ». Cette terminologie est ambiguë car elle introduit une confusion avec le droit des dessins et modèles déposés, qui constitue une composante du droit de la propriété industrielle⁸⁷.

PROPOSITION N° 5

- Supprimer l'expression « *dessin ou modèle* » de manière à éviter de créer une confusion avec les droits de propriété intellectuelle ;
- Lui substituer le terme d'« *expression de la forme* ».

2. Redessiner les contours des actes illicites et licites

D'une part, le texte définit les actes susceptibles de donner lieu à la mise en œuvre de la protection **(2.1)**. D'autre part, la proposition de directive dresse une série de circonstances dans lesquelles l'obtention, la divulgation ou l'utilisation est licite⁸⁸ et ne donne pas droit aux mesures de réparation⁸⁹**(2.2)**.

2.1. Rationaliser certaines hypothèses d'obtention et d'utilisation illicites d'un secret d'affaires

La structure de l'article 3, à l'exception du premier paragraphe⁹⁰, distingue entre les questions de l'obtention du secret, d'une part⁹¹, et son utilisation ou sa divulgation, d'autre part⁹², tout en réservant un paragraphe spécifiquement consacré aux actes inclus de plein droit dans la notion d'« *utilisation illicite* » d'un secret d'affaires⁹³. L'accent est ici porté sur quelques points particuliers du texte.

2.1.1. Réviser les critères de qualification de l'obtention illicite du secret d'affaires

Texte

L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement de son détenteur est considérée comme illicite lorsqu'elle résulte, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave :

- a) d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique ou d'une copie non autorisée de ces éléments, que le détenteur du secret d'affaires contrôle de façon licite et qui contiennent ledit secret ou dont ledit secret peut être déduit ;
- b) d'un vol ;
- c) d'un acte de corruption ;
- d) d'un abus de confiance ;

⁸⁷ Un dessin est en deux dimensions et un modèle est en trois dimensions. La version anglaise de la proposition de directive utilise également le terme « *design* », qui correspond à la fois au nom commun (dessin) et au terme juridique (dessin et modèle déposés).

⁸⁸ Article 4 § 1 de la proposition de directive.

⁸⁹ Article 4 § 2 de la proposition de directive.

⁹⁰ Article 3 § 1 : « *Les États membres veillent à ce que les détenteurs de secrets d'affaires aient le droit de demander les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive afin d'empêcher l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires ou d'obtenir réparation pour un tel fait.* »

⁹¹ Article 3 § 2 de la proposition de directive.

⁹² Article 3 § 3 et 4 de la proposition de directive.

⁹³ Article 3 § 5 de la proposition de directive.

- e) du non-respect ou d'une incitation au non-respect, d'un accord de confidentialité ou d'une autre obligation de préserver le secret ;
- f) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages commerciaux honnêtes.

Observations et propositions

En l'état du texte précité de la proposition, l'obtention illicite d'un secret d'affaires se caractérise par la réunion de quatre conditions :

- L'absence de consentement du détenteur à l'obtention du secret d'affaires, par le contrevenant ;
- L'obtention du secret d'affaires doit être intentionnelle ou résulter d'une négligence grave ;
- Un élément matériel, à savoir la commission d'actes illicites listés par la proposition ;
- Un lien de causalité entre la commission de ces actes illicites et l'obtention par le contrevenant du secret d'affaires.

Seul le troisième point, à savoir l'élément matériel, retient l'attention.

A ce titre, la proposition de directive dresse une liste de six actes illicites. Les actes visés sous les paragraphes (b) à (d) (à savoir le vol, l'acte de corruption et l'abus de confiance) correspondent à des qualifications pénales de droit français⁹⁴. Il est légitime de se demander si le recours à ces qualifications est bien venu sur le point de la technique juridique.

En effet, pourrait se poser notamment en droit français la question de la coexistence et de l'articulation de deux notions de vol, d'abus de confiance et d'acte de corruption, l'une utilisée par les juridictions répressives nationales dans le sens que lui donnent les textes pénaux, l'autre, spécifiquement en matière de secrets d'affaires⁹⁵.

Au-delà de ce premier argument, il serait en outre mal venu que la proposition de directive, qui se limite à prévoir des mesures de nature civile, soit amenée à se référer à des notions pénales pour son application. De surcroît, ces comportements peuvent en tout état de cause être appréhendés au travers du point (f) comme c'est le cas dans l'Accord ADPIC.

PROPOSITION N° 6

Supprimer, aux points b), c) et d) du paragraphe 2 de l'article 3, les références à des qualifications pénales existant dans le droit des Etats membres destinataires.

S'agissant du point (f) du paragraphe 2 de l'article 3 de la proposition de directive, la majorité des commentateurs reconnaissent que l'expression « *comportement qui, eu égard aux circonstances est considéré comme contraire aux usages commerciaux honnêtes* » n'est pas suffisamment précise⁹⁶.

Si l'Accord ADPIC recourt à cette même expression, il a été jugé judicieux de préciser ce qu'il fallait entendre sous cette formulation⁹⁷. Elle pourrait être reprise sous réserve d'adaptation, afin d'y supprimer les références à la terminologie pénale, à savoir les termes « abus de confiance » et « incitation au délit ».

⁹⁴ Pour le vol : articles 311-1 et suivants du Code pénal ; pour l'abus de confiance : articles 314-1 à 314-4 du Code pénal ; pour l'acte de corruption (des personnes n'exerçant pas une fonction publique) : articles 445-1 et suivants du Code pénal.

⁹⁵ Ce qui pourrait aboutir, par exemple, à la reconnaissance d'un vol d'informations en l'absence de vol du support de l'information, ce qui n'est pas communément admis à ce jour par le droit pénal français.

⁹⁶ J. LAPOUSTERLE, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », D. 2014 p. 682 ; J-M. GARINOT, « L'union européenne au secours du secret d'affaires », Dr et patrimoine 2014 p. 232.

⁹⁷ ADPIC, article 39. 2, note 10 : « Aux fins de cette disposition, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant. »

PROPOSITION N° 7

Définir de façon plus précise les « *comportements considérés comme contraire aux usages commerciaux honnêtes* » en insérant dans les considérants, la définition de cette notion telle qu'elle est instituée dans le cadre de l'Accord ADPIC, expurgée des éléments de terminologie pénale.

2.1.2. *Importation, exportation et stockage de produits en infraction : étendre la notion de bonne foi*

Texte

La proposition de directive dispose que : « *la production, l'offre et la mise sur le marché intentionnelles et délibérées de produits en infraction, ainsi que l'importation, l'exportation et le stockage à ces fins de produits en infraction, sont considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires.* »

Observations et proposition

La rédaction de cet article est imprécise s'agissant de la situation de celui qui, de bonne foi, stocke, importe ou exporte des produits en infraction pour le compte d'une personne qui entend les commercialiser.

En d'autres termes, le texte est ambigu sur le point de savoir si le caractère « *intentionnel et volontaire* » de l'utilisation s'applique aussi bien à celui qui stocke les produits en infraction qu'à celui qui les produit, les offre ou les commercialise.

A cet égard, la bonne foi de celui qui stocke, importe ou exporte devrait avoir un effet exonératoire des sanctions prévues par la proposition de directive. **En effet, il ne serait ni réaliste ni souhaitable de mettre à la charge de celui qui se livre à des activités de stockage, import et export pour le compte d'un tiers, de se renseigner systématiquement et de manière approfondie sur l'absence de violation d'un secret d'affaires.**

Il est possible de raisonner par comparaison avec le droit des brevets d'invention. En la matière, l'article L. 615-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefaisant, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefaisant, n'engagent la responsabilité de leur auteur que si les faits ont été commis en connaissance de cause* »⁹⁸.

Il appartient au demandeur à l'action en contrefaçon de prouver, par tous moyens, que le défendeur a agi en connaissance de cause, étant observé que la qualité de professionnel ne peut constituer à elle seule une présomption de connaissance. Toutefois, la charge de la preuve peut être renversée et notamment se déduire de circonstances précises attestant que l'opérateur ne pouvait pas ne pas avoir conscience de la contrefaçon⁹⁹.

En tout état de cause, le Conseil compétitivité du 26 mai dernier propose de subordonner la sanction à la connaissance de la violation d'un secret d'affaires¹⁰⁰. En effet, cette voie semble protectrice des intérêts du professionnel de bonne foi tout en préservant la protection du détenteur. Celui qui stocke, importe ou exporte des produits en infraction devrait exceptionnellement être considéré de mauvaise foi, s'il savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que les produits avaient pour finalité d'être offerts ou mis sur le marché en violation d'un secret d'affaires.

⁹⁸ Il est important de noter que cette exigence de connaissance du caractère contrefaisant n'est pas reprise en matière de marque, de dessin et modèle et de droit d'auteur. Dans ces trois domaines, l'importation ou le seul fait de détenir des marchandises contrefaisantes en vue de leur commercialisation, constituent des actes de contrefaçon. La responsabilité de l'importateur, du transporteur, ou de celui qui stocke les marchandises contrefaisantes est donc engagée civilement.

⁹⁹ Notamment s'il exerce son activité dans un domaine restreint et spécialisé et qu'il a eu connaissance de la mise en garde adressée au fabricant (TGI Paris, 13 sept. 2000 : PIBD 2001.III.27). Voir également, dans le même sens, Cass. com., 6 novembre 2012, pourvoi n°11-19.375 à propos de vendeurs professionnels spécialisés dans les articles de sport.

¹⁰⁰ Council of the European Union, Interinstitutional file n° 2013/0402 (COD), p.32, article 3 § 5 de la proposition de directive modifiée.

C'est pourquoi, pour éviter toute ambiguïté et contentieux inutile, il est proposé de soutenir la position du Conseil en clarifiant le texte de la façon suivante :

PROPOSITION N° 8

- Inscrire dans le texte que le professionnel qui, de bonne foi, stocke, importe ou exporte des produits en infraction pour le compte d'un tiers de mauvaise foi, n'encourt aucune des sanctions prévues par la proposition de directive ;
- Mais prévoir une exception si « *eu égard aux circonstances, le professionnel ne pouvait ignorer que l'utilisation d'un secret d'affaires était illicite* ».

2.2. Revoir les cas d'obtention, de divulgation et d'utilisation licites

L'article 4 fixe les actes d'obtention, d'utilisation ou de divulgation de secrets d'affaires considérés comme licites. Autrement dit, il envisage des exceptions à la protection des secrets d'affaires. Il devrait donc faire l'objet d'une interprétation stricte, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰¹.

Le texte se scinde en deux paragraphes, le premier prévoyant la disqualification du caractère illicite de l'obtention d'un secret d'affaires, le second envisageant la privation du droit d'agir en justice, applicable aussi bien aux cas d'obtention, d'utilisation que de divulgation d'un secret d'affaires. Dans le premier, il conviendrait de réserver le cas de l'ingénierie inverse (2.2.1); dans le second, de resserrer les hypothèses visées (2.2.2).

2.2.1. Réserver le cas de l'ingénierie inverse

Texte

Le texte envisage quatre cas d'obtention licite d'un secret d'affaires¹⁰². La CCI Paris Ile-de-France émet des observations particulières sur le cas relatif à l'ingénierie inverse.

Observations et proposition

La proposition de directive inclut dans les cas d'obtention licite celui de l'« *ingénierie inverse* »¹⁰³. L'ingénierie inverse (reverse engineering), également appelée « *rétroingénierie* » ou « *retroconception* », consiste à extraire une connaissance d'une réalisation. Cette activité a pour but l'analyse d'une chose technique pour en comprendre le fonctionnement ou la méthode de fabrication. De fait, on mesure, étudie et teste un objet de départ afin d'en réaliser un schéma permettant sa reproduction¹⁰⁴.

En d'autres termes, l'ingénierie inverse a pour objectif de retrouver des principes de fonctionnement d'un produit pour concevoir un produit concurrent.

Elle a pour atouts, d'une part, de permettre de comprendre le produit afin de ne pas le contrefaire (notamment si ce produit est couvert par un brevet) et, d'autre part, de susciter l'innovation en donnant des idées à la concurrence. L'ingénierie inverse étant une pratique courante, il ne semble pas nécessaire de l'ériger ni comme un droit, ni comme une exception¹⁰⁵.

¹⁰¹ Pour un exemple de ce type de raisonnement interprétatif : CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a, aff. C-403/08, points 162 à 164.

¹⁰² Article 4 §1 de la proposition de directive : « *L'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme licite lorsqu'elle résulte :*

- a) *d'une découverte ou d'une création indépendante ;*
- b) *de l'observation, de l'étude, du démontage ou du test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est licitement en possession de la personne qui obtient l'information ;*
- c) *de l'exercice du droit des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément aux législations et pratiques nationales et à celles de l'Union ;*
- d) *de toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages commerciaux honnêtes. »*

¹⁰³ Article 4, § 1, point b) ; Considérant (10) ; Exposé des motifs, point 5.1.

¹⁰⁴ D'après la définition de W. WANG, « *Reverse Engineering. Technology of Reinvention* », CRC Press, 2011, p. 1.

¹⁰⁵ Cette exception d'ingénierie inverse n'est d'ailleurs pas prévue dans l'Accord ADPIC.

La légalisation de l'ingénierie inverse dans la proposition de directive peut en effet être source d'une insécurité juridique pour les titulaires de droits de propriété industrielle en les exposant davantage à des risques de contrefaçons.

PROPOSITION N° 9

Supprimer toute mention relative à l'ingénierie inverse dans la proposition de directive afin de ne pas cristalliser cette pratique dans un texte et laisser les entreprises y recourir librement¹⁰⁶.

2.2.2. Resserrer certaines hypothèses d'obtention, d'utilisation et de divulgation n'ouvrant pas droit aux recours

Texte

Est prévue une série de cinq « *circonstances* » dans lesquelles le secret d'affaires peut être obtenu, divulgué et/ou utilisé sans que le détenteur ne puisse agir en justice¹⁰⁷.

Observations et propositions

Deux hypothèses méritent ici attention : il convient, d'une part, d'encadrer davantage l'exception ouverte au profit des salariés dans le cadre de leur représentation et, d'autre part, de supprimer la dérogation prévue pour la protection d'un intérêt légitime.

- En premier lieu, n'ouvre pas droit aux recours prévus par la directive la divulgation d'un secret d'affaires faite par un travailleur à ses représentants « *dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation* ».

Est visée l'hypothèse de la représentation des salariés par les instances représentatives du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel, CHSCT, délégués syndicaux, comité de groupe).

Si la divulgation d'un secret par un travailleur à ses représentants ne doit entraîner aucune sanction, il ne faudrait pas que l'information confidentielle soit amenée à sortir du strict cadre de l'entreprise.

A cet effet, il pourrait être rappelé dans le texte, qu'en tout état de cause, les représentants auxquels le secret a été divulgué sont tenus à une obligation de confidentialité.

PROPOSITION N° 10

Préciser que les représentants du personnel auxquels des secrets d'affaires sont divulgués en application du point c) du paragraphe 2 de l'article 4 sont tenus à une obligation de confidentialité.

- En second lieu, la protection d'un « *intérêt légitime* » devrait également justifier que soient fermées les mesures, procédures et réparations au profit du détenteur dont le secret a été violé.

¹⁰⁶ Cette proposition s'inspire des propositions d'amendements rédigées par la Fédération des Industries Mécaniques (FIM), juin 2014 (document de travail).

¹⁰⁷ Article 4 § 2 de la proposition de directive : « *Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait pas de droit à l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation présumée du secret d'affaires s'est produite dans l'une des circonstances suivantes:*

- a) *usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information ;*
- b) *révélation d'une faute, d'une malversation ou d'une activité illégale du requérant, à condition que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation présumée du secret d'affaires ait été nécessaire à cette révélation et que le défendeur ait agi dans l'intérêt public ;*
- c) *divulgation du secret d'affaires par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation ;*
- d) *respect d'une obligation non contractuelle ;*
- e) *protection d'un intérêt légitime. »*

Là encore, on s'interroge sur ce que recouvre en pratique la protection d'un intérêt légitime. Cela risquerait de rendre excessivement dépendante de l'interprétation des juridictions, la consistance des droits du détenteur du secret.

PROPOSITION N° 11

Supprimer le point e) du paragraphe 2 de l'article 4 relatif à la « *protection d'un intérêt légitime* ».

3. Améliorer la mise en œuvre de la protection des secrets d'affaires

La proposition de directive comprend un volet procédural important¹⁰⁸, qui vise à instituer dans les législations nationales un ensemble de mesures, procédures et réparations de nature à assurer la protection des secrets d'affaires et de leurs détenteurs.

Seront successivement abordées la prescription **(3.1)**, la confidentialité de la procédure **(3.2)**, les mesures probatoires **(3.3)** et enfin, la détermination des critères d'indemnisation **(3.4)**.

3.1. Allonger le délai de prescription

Texte

L'article 7 prévoit l'encadrement du délai de prescription applicable aux actions ouvertes sur le fondement de la directive. L'action serait exerçable entre 1 et 2 années à compter de la date à laquelle le requérant a eu ou aurait dû avoir connaissance du dernier fait déclencheur.

Observations et proposition

Selon la Commission, la protection de la sécurité juridique serait renforcée par la prévision d'un tel délai de prescription¹⁰⁹. En effet il est généralement admis que la prescription extinctive procède d'une fonction de sécurisation des rapports entre les individus, en permettant d'éviter que des situations juridiques puissent être perpétuellement remises en cause.

Toutefois, compte tenu du délai de prescription moyen de chaque Etat membre et, à l'instar d'autres représentants des entreprises¹¹⁰, il est proposé d'allonger ce délai pour le porter à 6 ans¹¹¹. Quant au délai minimal de prescription, il devrait être porté à 3 ans, de manière à ne pas nuire à l'effet d'harmonisation poursuivi par la proposition de directive.

De son côté, le Conseil compétitivité du 26 mai 2014¹¹² a lui aussi préconisé l'allongement du délai maximum de prescription¹¹³. En revanche, les représentants permanents des Etats membres suggèrent que la proposition de directive n'aborde plus la question du point de départ de la prescription. Selon la CCI Paris Ile-de-France cette question devrait continuer à relever de la proposition de texte, sauf à dénuer de portée réelle l'harmonisation des durées.

¹⁰⁸ Chapitre III de la proposition de directive, articles 5 à 14.

¹⁰⁹ Considérant (13) de la proposition de directive.

¹¹⁰ BUSINESSEUROPE, 17 avril 2014, "preliminary comments to Commission proposal for a directive on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure".

¹¹¹ S'agissant d'un délai maximum, cela ne remettrait pas en cause la possibilité pour la France de fixer ce délai à 5 ans au moment de la transposition pour l'aligner avec celui de droit commun.

¹¹² Council of the European Union, Interinstitutional file n° 2013/0402 (COD), p. 5 et p. 36, article 7.

¹¹³ Mais si le Conseil préconise la fixation d'un délai maximum à 6 ans, il abandonne l'idée de prévoir un délai minimum.

PROPOSITION N° 12

- Allonger les délais minimum et maximum de prescription de l'action en protection d'un secret d'affaires prévue à l'article 7, pour les porter respectivement de 1 à 3 ans et de 2 à 6 ans.
- Maintenir en l'état le texte de la proposition de directive en ce qu'il prévoit que la prescription devrait courir à compter de la date à laquelle le requérant a pris connaissance du dernier fait donnant lieu à l'action, ou aurait dû en prendre connaissance.

3.2. Mieux articuler les secrets d'affaires et le principe du contradictoire

Le maintien de la confidentialité des secrets d'affaires au stade des procédures judiciaires est un enjeu majeur. En effet, la Commission considère que le manque de protection de la confidentialité du secret au stade des recours judiciaires « réduit l'attractivité des recours », « décourage »¹¹⁴ les détenteurs de diligenter des poursuites et partant, impacte défavorablement la protection effective des secrets d'affaires dans l'Union européenne.

L'article 8 de la proposition de directive édicte des règles qui devraient permettre de concilier l'impératif de sauvegarde des secrets d'affaires avec le principe du contradictoire¹¹⁵, dès lors que les mesures prévues sont appliquées de manière proportionnée¹¹⁶.

La protection des secrets d'affaires au cours d'une instance judiciaire se manifeste à plusieurs égards. Le texte institue une obligation de confidentialité à la charge des participants à la procédure, fixe les règles propres à maintenir les informations secrètes à l'égard des autres parties durant l'instance et prévoit les critères d'appréciation devant être mis en œuvre par les juges nationaux statuant sur une demande de protection d'un secret.

Des observations sont formulées tant sur le champ d'application de ces règles que sur leur contenu.

• Champ d'application de la protection des secrets au stade de la procédure

Texte

Les mesures de protection des secrets d'affaires prévues par la proposition de directive sont applicables aux seules « procédures judiciaires ayant pour objet l'obtention, l'utilisation et la divulgation d'un secret d'affaires ».

Observations et proposition

Une telle limitation semble restrictive ; la proposition de directive pourrait envisager une règle plus ambitieuse. En effet, les secrets d'affaires sont menacés au-delà du seul contexte de l'action judiciaire tendant à en faire sanctionner l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites. Il serait donc opportun d'étendre le principe de ces règles procédurales à tout type d'instance, tant devant l'autorité judiciaire que devant les autorités administratives indépendantes.

PROPOSITION N° 13

Étendre à l'ensemble des procédures judiciaires civiles nationales et devant les autorités administratives indépendantes les mesures de protection des secrets d'affaires.

• Contenu des mesures de protection de la confidentialité au stade de la procédure

Texte

Outre l'obligation générale de confidentialité pesant sur l'ensemble des participants à la procédure¹¹⁷, trois dispositifs de protection du secret d'affaires sont ouverts aux autorités judiciaires à la demande motivée d'une partie, à savoir :

¹¹⁴ Considérants (6) et (13) de la proposition de directive.

¹¹⁵ Considérant (14) de la proposition de directive.

¹¹⁶ Exposé des motifs, point 5.2, p. 9.

- la restriction de l'accès des parties à tous documents contenant des secrets d'affaires. Ils peuvent toutefois être communiqués aux experts et aux représentants des parties lorsque ces derniers sont des éléments de preuve qui importent pour la solution du litige ;
- la restriction de l'accès aux audiences aussi bien du public que, dans des circonstances exceptionnelles, des parties (les audiences étant menées exclusivement avec les experts ou les représentants des parties) ;
- l'accès limité du public aux versions non confidentielles de toute décision judiciaire, dans lesquelles les références au secret d'affaires ont été supprimées.

Observations et propositions

D'emblée, ces dispositifs de restriction impliquent, pour préserver le respect du principe du contradictoire, que l'accès aux documents et à l'audience pourront être autorisés au « *représentant de la partie* » (c'est-à-dire son avocat).

Or, à l'occasion du Conseil compétitivité tenu le 26 mai 2014, les Etats membres sont allés plus loin et ont considéré nécessaire, au titre de ce principe du contradictoire, de limiter davantage encore la protection de la confidentialité des secrets d'affaires. Ils se sont accordés sur le fait que les parties devaient pouvoir, en tout état de cause, obtenir directement communication des documents contenant des secrets d'affaires et assister aux audiences.

Cette position du Conseil interpelle. **En effet, si elle permet indubitablement de renforcer le caractère contradictoire de l'instance, elle réduit corrélativement à néant toute idée du maintien de la confidentialité des secrets d'affaires à l'égard des autres parties à la procédure.**

Au contraire, il devrait être recherché une solution intermédiaire permettant de concilier le principe du contradictoire avec l'objectif légitime de protection du secret d'affaires¹¹⁸. D'ailleurs, tant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁹ que celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹²⁰ semblent favorables à cette démarche.

Il convient de distinguer l'accès aux documents de l'accès à l'audience :

- Sur l'accès aux documents, d'une part, on pourrait utilement s'inspirer du mécanisme mis en œuvre devant l'Autorité de la concurrence¹²¹. Ainsi, et comme le prévoit opportunément la proposition de directive, l'accès des parties aux documents faisant état d'un secret d'affaires doit être restreint. Toutefois, pour équilibrer ce mécanisme, il conviendrait de prévoir qu'un compte rendu non confidentiel soit accessible aux parties.

PROPOSITION N° 14

Prévoir que, lorsqu'il est fait droit à une demande de restriction d'accès à un document contenant un secret d'affaires, une version non confidentielle de ce document soit communiquée à la partie empêchée d'y accéder.

¹¹⁷ Article 8 § 1 de la proposition de directive.

¹¹⁸ Que la CJCE a reconnu comme constituant un principe général du droit dans ses arrêts « *AKZO Chemie* » du 24 juin 1986 (aff. 53/85, point 28), et « *SEP* » du 19 mai 1994 (aff. C-36/92, point 37).

¹¹⁹ CJCE, 14 février 2008, « *Varec SA* », aff. C-450/06, rendu en matière de passation de marchés publics, points 51 et 52 : « 51. Le principe du contradictoire n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations relatives à la procédure de passation [...]. Au contraire, ce droit d'accès doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires. »

« 52. Le principe de la protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires doit être mis en œuvre de manière à le concilier avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, de manière à assurer que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit au procès équitable. »

¹²⁰ CEDH, « *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* », 16 février 2000, n° 28901/95, § 61 ; « *V. c. Finlande* », 24 avril 2007, n° 40412/98, § 75 et « *A.D.A.M. c. France* », 25 mai 2010, n° 60151/09, § 2.

¹²¹ Article R. 463-13 et suivants du Code de commerce.

Toutefois, par exception à ce principe, le texte prévoit la communication des documents confidentiels qui « *important pour la solution du litige* » aux avocats et aux experts agréés. Cette exception paraît trop large et il serait opportun de la resserrer. A cette fin, les mots « *éléments de preuve qui important pour la solution du litige* » pourraient être remplacés par les termes « *éléments de preuve indispensables à l'exercice des droits de la défense* », qui apparaissent plus restrictifs.

PROPOSITION N°15

Envisager la communication des documents contenant un secret d'affaires aux avocats et experts agréés dans les seuls cas où ces éléments de preuve sont indispensables à l'exercice des droits de la défense.

- Sur l'accès aux audiences d'autre part, lorsque des secrets d'affaires menacent d'être divulgués, le juge peut restreindre cet accès aux parties « *dans des circonstances exceptionnelles et pour autant que des justifications appropriées soient fournies* ». Ce dispositif suscite plusieurs interrogations. D'abord, comment apprécier ces « *circonstances exceptionnelles* » ? Celles-ci sont imprécises et trop complexes à mettre en œuvre, générant un risque d'insécurité juridique. Autre interrogation, que faut-il entendre par la formulation « *ordonner que ces [les audiences] soient menées uniquement en présence des représentants légaux des parties et des experts agréés* » ? Faut-il comprendre que les parties en tant que telles seraient totalement exclues de l'audience et uniquement représentées par leur avocat et expert, ou bien s'agit-il plutôt de limiter le nombre de personnes intervenant pour chaque partie (mandataire social, directeur juridique, financier, technique...) ?

Le Conseil compétitivité du 26 mai a proposé une modification du texte selon laquelle l'accès à l'audience peut être restreint à condition qu'au moins une personne de chaque partie, leurs avocats respectifs et les experts agréés soient présents. Cette position trouve un point d'équilibre entre le respect du contradictoire et la préservation des secrets d'affaires. Elle mérite d'être soutenue.

PROPOSITION N°16

Admettre une restriction de l'accès aux audiences à un nombre limité de personnes sous réserve qu'au moins une personne représentant chaque partie, ses avocats et les experts agréés soient présents.

3.3. Prévoir des mesures probatoires

Texte

La proposition de directive offre aux titulaires des secrets des mécanismes provisoires permettant de faire cesser les atteintes portées aux secrets d'affaires¹²².

Observations et proposition

Les conditions d'application des mesures provisoires et conservatoires prévues dans le texte s'inspirent manifestement de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative aux aspects de droit de propriété intellectuelle pour la protection de ces derniers droits¹²³.

Mais contrairement à celle-ci, la proposition de directive examinée n'envisage pas d'instaurer de mesures probatoires (telles que la saisie-contrefaçon), lesquelles ont pourtant témoigné de leur efficacité en droit de la propriété intellectuelle.

L'inconvénient de cette lacune est que le titulaire du secret d'affaires ne pourra que difficilement obtenir des informations sur l'origine et l'importance de l'acte illicite dont il est victime. Cette possibilité de mesures probatoires, ordonnées judiciairement en requête ou en référé, devrait être insérée dans l'actuelle proposition tout en garantissant le respect de la confidentialité des informations révélées, déjà prévu par la directive 2004/48/CE.

¹²² Articles 9 et 10 de la proposition de directive.

¹²³ La directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle a été transposée en droit français par la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

PROPOSITION N° 17

Insérer dans la proposition de directive la possibilité pour le détenteur d'un secret d'affaires d'obtenir, sur requête ou en référé, des mesures de nature à établir ou conserver, y compris avant tout procès, la preuve de la violation de son droit en s'inspirant de ce que prévoit la directive 2004/48/CE à l'égard de la protection des droits de propriété intellectuelle.

De telles mesures incluent la production forcée de pièces, et peuvent comporter des procédés de conservation des preuves tels que la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons, ou la saisie réelle des produits présumés en infraction et, dans les cas appropriés, des matériels et instruments utilisés pour créer et/ou distribuer ces produits ainsi que des documents s'y rapportant.

3.4. Approuver les critères d'indemnisation

Texte

S'agissant du calcul des dommages-intérêts, l'article 13 de la proposition de directive dispose que le contrevenant doit « verser au détenteur de secret d'affaires des dommages-intérêts correspondant au préjudice que celui-ci a réellement subi ».

Les juges peuvent fixer le montant des dommages-intérêts : « [en prenant] en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au détenteur de secret d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicites dudit secret ».

Il est ajouté que « les autorités judiciaires compétentes peuvent aussi, dans les cas appropriés, fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question ».

Observations

L'article 13-1 a) de la directive du 29 avril 2004 précitée dispose que le « montant forfaitaire de dommages-intérêts [doit être fixé] sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question ».

En ce sens, la proposition de directive s'aligne sur la solution consacrée en droit de la propriété intellectuelle. La CCI Paris Ile-de-France approuve cette approche car la sanction d'une atteinte au secret d'affaires ne doit pas être inférieure à la sanction d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. À l'inverse, on imagine difficilement la violation d'une information non appropriée mieux indemnisée qu'une information protégée par un droit de propriété intellectuelle¹²⁴.

Par ailleurs, la CCI Paris Ile-de-France estime que la Commission est bien fondée, dès l'exposé des motifs de son texte¹²⁵, à préciser expressément que les dommages-intérêts punitifs sont expressément exclus de la proposition de directive à l'instar de ce qu'avait décidé le législateur européen en matière de droits de propriété intellectuelle¹²⁶.

* * *

¹²⁴ J- C. GALLOUX, « Droits sur les créations nouvelles », RTD Com. 2014, n°1, p. 87 et suivantes.

¹²⁵ « Le but n'est pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le détenteur du secret, tels que les frais de recherche et d'identification ».

¹²⁶ Il est intéressant de noter que la présente proposition de directive reprend textuellement, pour les secrets d'affaires, le considérant 26 de la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

Benchmark juridique – Eléments de droit comparé sur le droit applicable aux secrets d'affaires

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL			Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources							
Allemagne	NÉANT	Dispositif spécifique en droit de la responsabilité civile	Loi relative à la concurrence déloyale	Dispositifs spécifiques en droit pénal, en droit commercial et en droit des sociétés	Droit général de la concurrence déloyale	OUI	OUI	Possibilité de remise ou de destruction des marchandises	Jusqu'à 3 ans d'emprisonnement, ou 5 ans, suivant les circonstances, ou une amende	OUI - saisie possible de produits en infraction sur ordonnance du juge civil	OUI – possibilité de tenir les audiences en chambre du conseil ; possibilité de ne présenter les documents contenant des secrets d'affaires qu'au seul juge (peu de jurisprudences sur ce point)
Belgique	Loi sur les pratiques restrictives de concurrence et la protection des consommateurs	Dispositif spécifique en droit du travail – protection contre la divulgation des secrets de fabrique	NÉANT	Infraction spécifique de violation des secrets de fabrique	Droit de la responsabilité civile délictuelle	OUI	OUI - Mais les injonctions définitives sont rares en pratique	NÉANT	De 3 mois à 3 ans d'emprisonnement et/ou une amende comprise entre 50 et 2.000 euros (pour la protection des secrets de fabrique)	NÉANT - Seulement ouvertes aux titulaires de droits de propriété intellectuelle	OUI – Le juge peut autoriser à ce que l'accès aux documents contenant un secret d'affaires soit restreint à la partie adverse – En revanche, les audiences demeurent publiques

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL			Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources							
Brésil	NÉANT	Dispositifs spécifiques en droit de la propriété intellectuelle et en droit du travail	NÉANT	Infractions spécifiques d'atteinte aux secrets d'affaires et aux droits de propriété industrielle	Droit de la responsabilité civile délictuelle de droit commun	OUI	OUI	Possibilité de remise ou de destruction des marchandises ; dommages et intérêts punitifs, mais peu de jurisprudence sur ce point	OUI - Mais les sanctions sont très faibles (emprisonnement de 3 mois à un an ou peine d'amende)	Demande de production forcée de pièces sous le contrôle du juge ; demande de recherche de preuves sur requête	Audiences en chambre de conseil possibles ; protection des documents contenant un secret d'affaires possible ; obligation de confidentialité des participants à la procédure
Chine	Loi sur la concurrence déloyale	Dispositif spécifique en droit des sociétés – pour la protection des secrets de l'entreprise	Dispositif spécifique en droit de la concurrence déloyale – Il s'agit alors de manquements administratifs	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	Droit des contrats, droit du travail	OUI	OUI – mais elles sont difficiles à obtenir en pratique pour des raisons probatoires	NÉANT	De 3 à 7 ans d'emprisonnement, suivant la gravité du préjudice causé	Demande de production forcée de pièces sous le contrôle du juge, mais de telles procédures sont rarement accordées en pratique	NÉANT
Danemark	Dispositif spécifique issu de la loi sur les pratiques de marché	NÉANT <i>(renvoi au droit commun)</i>	Dispositif spécifique issu de la loi sur les pratiques de marché	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	NÉANT	OUI	OUI	Remise et/ou destruction des produits en infraction	Peine de 6 ans d'emprisonnement maximum	NÉANT – Seulement pour les droits de propriété intellectuelle ; également possible dans le cadre de procédures pénales	Les audiences peuvent se tenir en chambre du conseil ; les secrets d'affaires peuvent être opposés à une demande de production forcée de pièces

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL			Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources							
Espagne	Loi sur la concurrence déloyale	NÉANT	NÉANT	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	Lois sur les sociétés de capitaux et sur le statut des travailleurs	OUI	OUI	Remise des produits en infraction, publication des décisions judiciaires	Peine de 7 ans d'emprisonnement maximum	Constats et saisies de pièces, sur requête, exécutés sous la supervision du juge ou d'experts judiciaires – en revanche, aucune possibilité de demander la production forcée de pièces	Possibilité, pour des raisons exceptionnelles et si l'ordre public le justifie, de tenir les audiences en chambre du conseil (rare en matière de secrets d'affaires)
Etats-Unis	NÉANT	Loi uniforme sur les secrets commerciaux (<i>Uniform Trade Secrets Act</i>)	NÉANT	Loi sur l'espionnage économique (<i>Economic Espionage Act</i>)	NÉANT	OUI	OUI	Possibilité d'octroi de dommages et intérêts punitifs	Jusqu'à 10 ans d'emprisonnement ou une peine d'amende	Perquisitions et saisies civiles, y compris sur requête, communication forcée de pièces, interrogatoires et dépositions	Audiences en chambre du conseil, accès à certains documents restreint à la partie défenderesse
Finlande	Loi relative aux pratiques restrictives de concurrence	Loi relative aux contrats de travail ; loi sur la protection de la vie privée dans les communications électroniques	NÉANT	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	NÉANT	OUI	OUI	NÉANT	Jusqu'à 2 ans d'emprisonnement ou une peine d'amende	Pour la conservation des preuves mais seulement en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle	Audiences tenues en chambre du conseil sur ordre du juge (fréquent en pratique), possibilité de s'opposer à la divulgation d'un document en cours d'audience
Grèce	NÉANT (renvoi au droit commun)	NÉANT (renvoi au droit commun)	Loi sur la concurrence déloyale	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	Droit commun de la responsabilité civile	OUI	OUI	OUI	Jusqu'à 5 ans d'emprisonnement suivant les circonstances et/ou une peine d'amende	OUI	NÉANT

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL								
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources		Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
Inde	NÉANT	Protection jurisprudentielle en cas de violation d'un devoir explicite ou implicite de confidentialité	NÉANT	NÉANT	NÉANT	OUI	OUI	Destruction remise des produits en infraction au détenteur ; restitution du montant des profits	NÉANT	Demande de production forcée de pièces ; saisies	Audiences en chambre du conseil ; scellés de pièces
Irlande	NÉANT	NÉANT	NÉANT	NÉANT	Droit commun de la protection des données personnelles	OUI	OUI	OUI - notamment remise au détenteur ou destruction des produits en infraction	NÉANT	Saisie possible de produits en infraction sur ordonnance du juge civil, au besoin sur requête	Audiences en chambre du conseil ; possibilité de limiter l'examen des pièces contenant des secrets d'affaires au seul avocat de la partie défenderesse
Italie	NÉANT	Dispositif spécifique en droit de la propriété intellectuelle	NÉANT	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	Droit pénal général et droit commun de la responsabilité civile	OUI	OUI	Retrait des marchandises - destruction	OUI	OUI	OUI - Mais limitée : seules les audiences préliminaires sont tenues en chambre du conseil ; le juge peut imposer une obligation de confidentialité des avocats à l'égard de leurs clients sur les éléments contenant des secrets d'affaires

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL			Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources							
Japon	Loi sur la concurrence déloyale	NÉANT	Loi sur la concurrence déloyale	NÉANT	NÉANT	OUI	OUI – Mais les injonctions sur requête ne sont pas possibles	Remise ou destruction des produits en infraction	Amende : jusqu'à 10 millions de yen pour les personnes physiques et 300 millions de yen pour les entreprises ; emprisonnement : jusqu'à 10 ans	OUI	Limitation d'accès aux documents contenant des secrets d'affaires sur requête et sous le contrôle du juge
Luxembourg	NÉANT <i>(renvoi au droit commun)</i>	NÉANT	NÉANT	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	Droit de la concurrence déloyale - Code civil - Droit de la responsabilité civile délictuelle	Responsabilité civile délictuelle	OUI	NÉANT	OUI	OUI	NÉANT
Pologne	OUI	Dispositifs spécifiques en droit civil et en droit du travail	OUI	Infraction spécifique d'atteinte aux secrets d'affaires	Droit civil commun - Droit commun du travail	OUI	OUI	Restitution du montant des profits	OUI	Recherche de preuves conformément aux dispositions du Code de procédure civile	Le juge peut, à sa discrétion, ordonner que les audiences soient tenues en chambre du conseil – Néanmoins, il n'existe aucune forme de restriction d'accès des parties aux documents contenant des secrets d'affaires
Portugal	NÉANT <i>(renvoi au droit commun)</i>	Dispositif spécifique en droit de la propriété intellectuelle	Dispositif spécifique en droit de la propriété intellectuelle	Infraction pénale spécifique – pour les hypothèses d'atteintes par les salariés	Droit de la responsabilité civile	OUI	OUI	NÉANT	OUI	NÉANT – Sont seulement possibles les recherches de preuves dans le cadre d'un procès pénal	NÉANT – Seul le secret de l'instruction en matière pénale peut être appliqué pour faire échec à la divulgation d'un secret d'affaires

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL								
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources		Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
République Tchèque	Dispositif spécifique en droit commercial	NÉANT	OUI	NÉANT	NÉANT	OUI	OUI	Restitution du montant des profits ; excuses publiques	OUI	NÉANT – Il existe des dispositions générales sur les mesures probatoires en matière civile, mais elles ne sont pas efficaces en pratique - Recherche de preuves facilitée dans le cadre d'un procès pénal	Le juge peut ordonner la poursuite de l'audience en chambre du conseil
Royaume-Uni	NÉANT	NÉANT	NÉANT	NÉANT	Aucune règle écrite, mais application d'un principe jurisprudentiel	OUI	OUI	Remise des produits en infraction au détenteur ; restitution du montant des profits	NÉANT	Communication forcée de pièces, y compris sur requête ; saisies et perquisitions civiles possibles	Audiences en chambre du conseil ; possibilité de limiter l'examen des pièces contenant des secrets d'affaires au seul avocat de la partie défenderesse
Suède	NÉANT	Loi sur la protection des secrets commerciaux	NÉANT	Loi sur la protection des secrets commerciaux	Droit pénal général	OUI	OUI	Remise au détenteur ; destruction des produits en infraction	OUI	Communication forcée de pièces et documents, sous la supervision du juge - Le procureur dispose de moyens d'investigation dans le cadre d'un procès pénal	Partielle en ce qui concerne les audiences ; recours aux scellés de pièces et enregistrement. Pas de saisies en matière civile

ETATS	TEXTES SPECIAUX				DROIT COMMUN	SANCTIONS CIVILES			SANCTIONS PENALES (amende / emprisonnement)	MESURES PROBATOIRES	PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES EN COURS DE PROCES
	CIVIL		PENAL			Dommages et intérêts compensatoires	Injonctions	Autres sanctions civiles			
	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources	Droit de la concurrence déloyale	Autres sources							
Suisse	Loi fédérale contre la concurrence déloyale	NÉANT	Loi fédérale contre la concurrence déloyale	NÉANT	NÉANT	OUI	OUI	Restitution du montant des profits	Peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans	OUI - Code de procédure civile	Possibilité de s'opposer à une demande de communication forcée de pièces

Tableau récapitulatif des caractéristiques des droits de propriété intellectuelle et des secrets d'affaires

	Secret d'affaires	Brevet	Droit d'auteur	Dessin Modèle	Marque
Conditions de protection	Non accessibilité au public	Nouveauté Activité inventive Application industrielle	Création de forme Originalité	Nouveauté Caractère propre	Représentation graphique Signe distinctif Signe disponible Signe non trompeur
Exclusivité des droits	NON	OUI	OUI	OUI	OUI
Durée de protection	Tant que le secret n'est pas dévoilé	20 ans	Vie de l'auteur + 70 ans à compter de son décès	5 ans renouvelables 4 fois	10 ans renouvelables indéfiniment
Formalités	Aucune	Dépôt auprès de l'INPI	Aucune	Dépôt auprès de l'INPI	Dépôt auprès de l'INPI
Coût	Gratuit (en théorie)	Payant	Gratuit (en théorie)	Payant	Payant
Étendue territoriale	Illimitée	Limitée	Quasi-illimitée (au sein des pays parties à la Convention de Berne)	Limitée	Limitée
Publicité	Aucune	Obligatoire (sauf inventions intéressant la défense nationale)	Facultative (protection dès la création, même non divulguée)	Obligatoire	Obligatoire
Perte de la protection	D'office si perte du caractère confidentiel	Possible (via une action en justice) + Fin de la protection légale	Possible (via une action en justice) + Fin de la protection légale	Possible (via une action en justice) + Fin de la protection légale	Possible (via une action en justice) + Fin de la protection légale

Directeur de la publication : Etienne GUYOT
CCI Paris Ile-de-France
27 avenue de Friedland - 75382 Paris cedex 08
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :
www.cci-paris-idf.fr/etudes
Dépôt légal : novembre 2014
ISSN : 0995-4457 – Gratuit
ISBN :

