

# La protection du savoir-faire

Réflexion sur les pistes d'évolution  
du cadre juridique des actifs incorporels  
non éligibles à la protection  
par le Code de la Propriété Intellectuelle

Avec le soutien de la DGE et de l'Observatoire de l'Immatériel

5 mai 2015



## Avant-Propos

La présente étude a été menée à l'initiative de l'Observatoire de l'Immatériel et de la Direction Générale des Entreprises du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, en partenariat avec EY Société d'Avocats.

Ce document a en particulier été élaboré par une équipe d'EY, société d'avocats composée de Fabrice Naftalski, avocat associé (responsable de la mission), Mael Fablet, Audrey Costes et Amandine Masse, avocats. Ont également contribué à cette étude Guillaume Marcerou et Marie-Astrid d'Anthenay, avocats au sein d'EY, société d'avocat lors de la rédaction de l'étude et à présent respectivement Senior Counsel - Global Privacy/Product au sein de Criteo et Juriste Nouvelles technologies au sein de Louis Vuitton Malletier.

Les auteurs remercient également Jérémie Fénichel, Responsable du pôle Numérique au sein de la direction des Brevets de l'INPI et ancien directeur général de l'Observatoire de l'Immatériel, ainsi que les représentants du panel d'entreprises listées en Annexe 4, dont certains ont souhaité restés anonymes, et qui ont accepté de partager leur expérience, pratique, préconisations et vision sur le cadre juridique du savoir-faire. Ces échanges ont été extrêmement précieux pour la préparation de la présente étude.

# Sommaire

Avant-Propos .....	1
1. Propos liminaires.....	3
2. Etat du droit positif en France .....	4
2.1. La définition du savoir-faire en droit français.....	4
2.2. La protection actuelle du savoir-faire en droit français et ses limites.....	7
2.2.1. <i>La propriété intellectuelle et l'action en contrefaçon</i> .....	7
2.2.2. <i>L'action en concurrence déloyale</i> .....	9
2.2.3. <i>L'atteinte au secret de fabrique</i> .....	11
2.2.4. <i>L'intrusion dans un système de traitement automatisé de données</i> .....	12
2.2.5. <i>Le vol et l'abus de confiance</i> .....	14
2.2.6. <i>L'atteinte au secret des correspondances</i> .....	15
2.2.7. <i>L'atteinte au secret professionnel</i> .....	16
3. Pratiques des entreprises .....	18
3.1. Protection par le biais d'engagements contractuels .....	18
3.1.1. <i>Engagements à faire peser sur les collaborateurs de l'entreprise</i> .....	18
3.1.2. <i>Engagements à faire peser sur les tiers</i> .....	19
3.2. Mesures pratiques visant à protéger le secret .....	21
3.3. Bilan coûts/avantage des moyens de protection par la pratique.....	22
3.3.1. <i>Avantages</i> .....	22
3.3.2. <i>Risques/Limites de ces méthodes de protection</i> .....	23
4. Les pistes à l'étude.....	26
4.1. Les exemples en droit international et étranger .....	26
4.1.1. <i>En droit international</i> .....	26
4.1.2. <i>En droit local</i> .....	27
4.2. Evolution du droit français et européen.....	30
4.2.1. <i>Remarques liminaires sur la protection du savoir-faire par la propriété intellectuelle</i> .....	30
4.2.2. <i>Les pistes d'évolution actuellement à l'étude</i> .....	30
4.2.3. <i>Analyse de la proposition de loi du 16 juillet 2014 relative à la protection du secret des affaires</i> .....	32
4.2.4. <i>Avantages et limites de ces propositions</i> .....	35
4.3. Pistes alternatives de protection et de valorisation du savoir-faire.....	37
4.3.1. <i>Piste 1 : Création d'un référentiel (label)</i> .....	37
4.3.2. <i>Piste 2 : Création d'un nouvel outil de consignation</i> .....	40
4.3.3. <i>Piste 3 : Création d'un standard international d'accord de confidentialité</i> .....	40
4.3.4. <i>Piste 4 : Création d'un fonds de soutien des entreprises innovantes notamment dans le cadre de procédures contentieuses</i> .....	40
5. Conclusion générale.....	43
6. Annexes .....	44
6.1. Annexe 1 : Rappel des régimes de protection du CPI.....	44
6.2. Annexe 2 : Tableau récapitulatif des régimes de protection.....	46
6.3. Annexe 3 : Questionnaire soumis aux entreprises du panel.....	48
6.4. Annexe 4 : Liste des entreprises du panel.....	54

# 1. Propos liminaires

Il est aujourd'hui communément admis que la croissance d'une entreprise est intimement liée à sa capacité à innover (i) dans les produits et services qu'elle propose afin de répondre aux attentes de ses clients ou de mieux les anticiper et/ou (ii) dans son organisation et fonctionnement pour gagner en efficacité et rentabilité.

L'innovation en tant que telle demeure pourtant un concept à géométrie variable qui peut se traduire tant par des avancées purement technologiques que par le développement d'un savoir-faire particulier dont la matérialité est plus difficile à appréhender, tel qu'une stratégie commerciale ou des méthodes nouvelles qui n'en constituent pas moins des actifs stratégiques pour une entreprise.

Dans ce contexte, il est fondamental de s'interroger sur la protection juridique de ces innovations afin de permettre aux entreprises de sécuriser l'avantage concurrentiel en résultant et corrélativement éviter qu'un tiers s'en approprie la paternité à leur détriment.

La propriété intellectuelle est à ce titre un outil juridique précieux. Elle permet en effet de protéger un certain nombre d'actifs incorporels à raison de certains critères tels leur nouveauté ou leur originalité<sup>1</sup>. Cette protection confère au titulaire des droits de propriété intellectuelle un monopole d'exploitation.

Les idées innovantes sont par essence cruciales pour la stratégie de développement des entreprises. Pour autant, les idées, mêmes les meilleures, ne sont pas protégeables au plan juridique. Dès lors, si celles-ci ne se matérialisent pas au travers de créations formalisées et tangibles, les avancées concrètes en résultant se trouvent privées de la protection accordée par le droit français et notamment celle organisée par le Code de la propriété intellectuelle.

L'objet de cette étude est d'ouvrir la voie à une réflexion sur un régime de protection spécifique des actifs incorporels relevant du savoir-faire en s'intéressant :

- A l'état du droit positif en France afin d'identifier les lacunes éventuelles du système juridique français actuel ;
- Aux techniques alternatives mises en œuvre par les entreprises en France pour pallier les faiblesses des dispositifs de protection existants ;
- Aux pistes devant être étudiées dans le cadre de la protection des actifs incorporels issus du savoir-faire, notamment au regard des pratiques consacrées dans plusieurs pays reconnus comme disposant d'une certaine avance en matière de protection de l'innovation, et au regard de l'évolution du cadre français et européen en la matière.

---

<sup>1</sup> Les incorporels visés par le code de la propriété intellectuelle se répartissent en trois groupes (Annexe 1) :

- ceux qui peuvent donner lieu à un titre de propriété industrielle, attribué par un organisme officiel (par exemple l'INPI pour une protection sur le territoire français ou l'OMPI pour disposer de titres de propriété industrielle à portée internationale, OHMI pour les marques communautaires et l'OEB pour les brevets européens), c'est-à-dire en particulier les marques, brevets, dessins et modèles ;
- ceux qui relèvent de la protection par le droit d'auteur et les droits voisins et qui ne donnent pas droit à l'attribution d'un titre de propriété intellectuelle, à savoir notamment les œuvres graphiques et plastiques, les logiciels, vidéogrammes,
- ceux qui relèvent de la protection par le droit sui generis des producteurs de bases de données, etc.

## 2. Etat du droit positif en France

### 2.1. La définition du savoir-faire en droit français

Le savoir-faire ne fait l'objet d'aucune définition précise dans les textes législatifs ou réglementaires français.

En l'absence de reconnaissance par le droit de la propriété intellectuelle, le savoir-faire ne peut faire l'objet d'un droit privatif. Il est reconnu par défaut, en marge des actifs immatériels qui bénéficient d'une protection par le Code de la propriété intellectuelle, et peut désigner des éléments et informations divers, qu'ils soient techniques ou commerciaux.

La doctrine a pu proposer diverses approches de la notion de savoir-faire. Le professeur Mousseron l'a ainsi définie comme toute « *connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée* »<sup>2</sup>.

On retrouve, dans les textes de droit de l'Union-Européenne, une approche voisine. En effet, deux règlements communautaires sur les accords de transfert de technologie<sup>3</sup> ont adopté la définition suivante du savoir-faire :

« *un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées, qui est :*

- i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible,*
- ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels, et*
- iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».*

En droit français, la jurisprudence prise en matière de contrat de franchise a développé une définition assez précise de la notion de savoir-faire, la pratique ayant fait de ce dernier un élément essentiel et caractéristique de ce modèle de distribution.<sup>4</sup> Cette définition est inspirée des règlements européens sur les accords de franchises<sup>5</sup> et notamment ceux relatifs aux régimes d'exemptions générales des accords verticaux.

Dans ce cadre, le savoir-faire est entendu comme un « *ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci* ».<sup>6</sup> Le caractère secret implique que ces informations ne soient pas connues ou immédiatement accessibles au public. Elles se distinguent en cela des règles de l'art qu'un professionnel serait à même de connaître ou de mettre en œuvre du fait de son statut. Pour autant, cette exigence ne doit pas être entendue étroitement. Il n'est pas nécessaire que chaque composant du savoir-faire soit inconnu des tiers. Il suffit que

---

<sup>2</sup> JM Mousseron, « Aspects Juridiques du know-how », Cahiers droit de l'entreprise 1972/1, p.1, spéc. P.6.

<sup>3</sup> Règlement CE n°772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie et Règlement UE n° 316/2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

<sup>4</sup> D. Legeais, JCL Commercial, Fasc. 316, Franchise, §35, Cass. Com., 4 juin 2002 : D. 2003, p.2432, note D. Ferrier.

<sup>5</sup> Règlement Communautaire CEE n° 4087/88, 30 novembre 1988, art. 1<sup>er</sup>, § 3, pts g, h et i.

<sup>6</sup> Règlement Communautaire CEE n°330/2010, 20 avr. 2010, art. 1<sup>er</sup>, g, remplaçant à compter du 1<sup>er</sup> juin 2010 le Règlement Communautaire CEE n°2790/1999, 22 déc. 1999.

l'assemblage de ces composants présente une originalité propre inconnue des non-initiés, et sorte ainsi du domaine public.<sup>7</sup>

Le caractère substantiel du savoir-faire implique qu'il représente un avantage concurrentiel pour le franchisé qui en bénéficie.<sup>8</sup> Le règlement d'exemption précise que cette condition se réfère au savoir-faire significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels. Enfin, le savoir-faire doit être identifié, c'est-à-dire qu'il doit être décrit de manière suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité. L'identification du savoir-faire est essentielle puisqu'elle conditionne également sa transmissibilité au franchisé et permet de vérifier l'exécution du contrat par les parties.<sup>9</sup>

Plus concrètement, les informations susceptibles de constituer un savoir-faire transmis dans le cadre d'une franchise peuvent concerner tous les domaines de l'activité du franchisé tels que les domaines techniques, commercial, promotionnel, publicitaire, administratif, financier, la formation du personnel et la gestion en général.<sup>10</sup> Il peut s'agir d'informations relatives à la fabrication ou la vente de produits, la prestation de services aux utilisateurs finals, la présentation de produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière.<sup>11</sup>

Par exemple, les juges français ont qualifié de savoir-faire :

- Dans le domaine commercial : l'aménagement spécifique du magasin, l'assistance technique et commerciale fournie au franchisé, ou encore les méthodes de gestion proposées ;<sup>12</sup>
- Dans le domaine de la gestion de patrimoine : l'ensemble des informations figurant dans un manuel opératoire décrivant les étapes de création de la société, l'ensemble des produits en placement financier et immobilier ou encore, la remise d'une méthode commerciale originale particulièrement détaillée et celle d'un logiciel contenant les procédures qui traduisait l'existence d'un avantage concurrentiel et l'originalité du savoir-faire transmis.<sup>13</sup>

En pratique, dans le cadre de la franchise, le franchiseur garantit aux franchisés la transmission d'un modèle commercial prospère et ayant fait ses preuves. Ainsi, son savoir-faire sera constitué par tout élément se rapportant directement ou indirectement à ce *business model* et censé participer au succès annoncé.

Outre ces définitions spécifiques issues des secteurs particuliers du droit européen des transferts de technologie et de la jurisprudence et de la pratique sur la franchise, les textes français reconnaissent la notion voisine de « secret de fabrique », sous l'angle pénal uniquement et aux fins de sanctionner le détournement d'une connaissance technique

---

<sup>7</sup> Lamy Droit Economique, Parti 3, Distribution, §4651.

<sup>8</sup> Cass. Com, 10 décembre 2013 cité dans D. Legeais, JCL Commercial, Fasc. 316, Franchise, §37.

<sup>9</sup> Lamy Droit Economique, Partie 3, Distribution, §4651.

<sup>10</sup> Le savoir-faire ne fait l'objet d'aucune définition précise dans les textes français. cité dans Répertoire Dalloz de droit européen, Accord de Distribution, Art. 1 Caractérisation de la franchise, Didier Ferrier, mars 2011, §172.

<sup>11</sup> Règlement Communautaire n°4087/88, article 1-3, h.

<sup>12</sup> Cour d'Appel de Lyon, 13 janvier 1995 JurisData n° 1995-043330 ; Cass. Com, 26 mars 1996, JurisData n° 1996-001397, cités dans JCL Commercial, Fasc. 316, Franchise, D. Legeais, §40.

<sup>13</sup> Cass. com. 10 décembre 2013, n° 12-23.115.

transmissible et non immédiatement accessible au public (violation du secret de fabrique - article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle).<sup>14</sup>

Toutefois, la notion de secret de fabrique est nettement plus étroite que celle de savoir-faire. En effet, les juridictions françaises ont strictement limité cette notion au procédé de fabrication industriel. Celui-ci doit par ailleurs être tenu secret par son détenteur, présenter une certaine originalité (sans pour autant être nécessairement protégeable par le droit de la propriété intellectuelle) et offrir un intérêt pratique et commercial en permettant une amélioration de la production et une diminution du prix de revient.<sup>15</sup>

Par conséquent, les secrets commerciaux sont exclus de la notion de secret de fabrique. Les juges français ont notamment refusé de protéger au titre de l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle, les procédés de commercialisation ou de gestion.<sup>16</sup>

Enfin, une proposition de Directive européenne et plusieurs propositions de lois françaises<sup>17</sup> ont formulé une définition de la notion, certes voisine, mais bien distincte, de « secret des affaires », qui englobe toutes les informations secrètes qui ont une valeur commerciale et qui ont fait l'objet de mesures raisonnables destinées à les garder secrètes. La notion de « secret des affaires » est donc plus large que celle de savoir-faire, en ce qu'elle vise, outre des informations techniques et commerciales, des informations, parfois purement descriptives, relevant plus largement de la stratégie de l'entreprise (projet de développement, de financement, de partenariat...).

Pour les besoins de la présente étude et compte tenu des témoignages des entreprises contactées à cet égard, nous retiendrons une définition large du savoir-faire intégrant notamment :

- Les méthodes et connaissances scientifiques ;
- Les procédés industriels et de fabrication ;
- Les méthodes commerciales et de détermination des coûts ;
- Le patrimoine informationnel.

---

<sup>14</sup> Art. L. 621-1 (L. no 92-1336 du 16 déc. 1992, art. 204) « Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit :

- Art. L. 1227-1 Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.
- Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal ».

<sup>15</sup> Crim, 20 juin 1973 : Ann. Propr. ind. 1974. 85 ; Crim, 12 juin 1974 : Bull. crim. 1974, n°218.

<sup>16</sup> Crim, 30 décembre 1931, Gaz Pal. 1032. 1. 333, cité dans J. Lasserre Capdeville, Le délit de violation du secret de fabrique, AJ Pénal 2011 p. 459.

<sup>17</sup> Projet de Directive de la Commission européen 2013/0402(COD) du 28 novembre 2013 sur la Protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (voir 4.2.2.).

## 2.2. *La protection actuelle du savoir-faire en droit français et ses limites*

En l'absence de définition légale, le savoir-faire est aujourd'hui indirectement protégé via le recours à des corps de règles voisins dont les principaux sont détaillés ci-après.

### 2.2.1. La propriété intellectuelle et l'action en contrefaçon

Le savoir-faire peut être protégé par l'intermédiaire des droits de propriété intellectuelle tels que les brevets, marques, dessins et modèles, le droit d'auteur ou le droit sui generis du producteur de bases de données.

Néanmoins, cela implique que le savoir-faire considéré soit éligible à la protection par un droit propriété intellectuelle. Dans cette hypothèse, ce n'est qu'indirectement que le savoir-faire inhérent à une invention, un design, une œuvre ou une base de donnée sera protégé par un droit privatif.

Par exemple, le savoir-faire peut être indirectement protégé au titre du droit d'auteur sous réserve de remplir les conditions d'éligibilité de ce régime à ladite protection (critère d'originalité) et de lui conférer une forme matérielle (image, description, photos, etc.).<sup>18</sup>

Un savoir-faire protégé par un droit de propriété intellectuelle fera dès lors l'objet d'un monopole d'exploitation.

Par conséquent, en cas de violation des droits d'auteur ou des droits afférents à un brevet, une marque, un logiciel ou une base de données dont l'objet serait un savoir-faire, le titulaire de droits pourra engager une action en contrefaçon (ou extraction illicite s'agissant d'une base de données)<sup>19</sup> à l'encontre du contrefacteur. S'agissant plus particulièrement des bases de données, il convient néanmoins de souligner que le producteur devra démontrer l'existence d'investissements substantiels pour bénéficier de la protection offerte par le Code de la propriété intellectuelle. La preuve de cet investissement, qui nécessite de dévoiler certaines informations qui peuvent être sensibles, peut s'avérer délicate, mais pas impossible. Par exemple, dans une affaire qui a opposé la société « Cadremploi » à la société « Keljob », les juges ont reconnu l'investissement substantiel de la société Cadremploi pour la constitution de sa base de données, cette dernière en ayant apporté la preuve par la production d'un rapport d'expert et de très nombreuses factures, et en justifiant de la mise à jour de sa base en temps réel, tous les jours, occupant ainsi quatre salariés à temps plein<sup>20</sup>.

Ces principes présentent de nombreux avantages en termes de protection.

En premier lieu, en l'absence de droit de propriété intellectuelle, les mesures probatoires doivent être sollicitées sur le fondement de l'article 145 du Code de Procédure civile, selon lequel les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. Au contraire le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle pourra bénéficier des facilités offertes par la procédure spécifique de l'action en contrefaçon et

---

<sup>18</sup> JCL Contrats – Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, juin 2014, §§ 80 et suivants.

<sup>19</sup> Il est précisé que l'action visant à sanctionner la reprise illicite d'une base de données n'est pas qualifiée juridiquement d'action en contrefaçon, mais d'action en extraction ou en réutilisation illicite d'une base de données, conformément à l'article L.342-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>20</sup> Tribunal de grande instance de Paris, 3<sup>e</sup> ch. 1<sup>e</sup> sect., 5 septembre 2001, RG n°00/17196.

notamment engager une procédure de saisie-contrefaçon. Une telle procédure permet au propriétaire d'un bien intellectuel de recueillir, avant toute procédure au fond, dans le cadre d'une procédure non-contradictoire, les éléments de preuve nécessaires au succès de l'action en contrefaçon et à la démonstration du préjudice subi. Il pourra également procéder à une demande d'information en complément ou indépendamment de la saisie-contrefaçon et prendre ainsi connaissance des conditions de distribution de son bien par le contrefacteur et sur la masse contrefaisante. Enfin, à l'instar de ce que permet la procédure de référé du Code de procédure civile en droit commun, il aura la possibilité de solliciter du juge des mesures provisoires soit pour faire cesser les actes de contrefaçon, soit en prévention d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle.<sup>21</sup>

En second lieu, la démonstration de l'atteinte aux biens concernés sera facilitée puisque la contrefaçon ne nécessite pas la démonstration de l'intention du contrefacteur. En effet, toute atteinte à une prérogative attachée au droit de propriété intellectuelle (utilisation, reproduction sans autorisation, etc.) constitue une contrefaçon.

Enfin, depuis la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007<sup>22</sup> telle que modifiée par la loi du 11 mars 2014,<sup>23</sup> le montant des dommages-intérêts octroyés est encadré par le Code de la propriété intellectuelle et permet d'obtenir plus facilement réparation. En effet, pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction saisie devra prendre en considération (i) les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, (ii) le préjudice moral causé à cette dernière ainsi que (iii) les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels retirées de la contrefaçon, ce qui est un élément d'indemnisation spécifique à la contrefaçon.

Les sanctions pénales de la contrefaçon sont, elles-aussi, particulièrement dissuasives. En effet, la contrefaçon de droit d'auteur (article L. 335-2 et s. CPI), de dessins et modèles (article L. 521-10 et s. CPI) ou de brevet d'invention (article L. 615-14 et s. CPI) est assortie d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende. En matière de marque, la contrefaçon est quant à elle punie de trois à quatre ans d'emprisonnement et de 300.000 à 400.000 euros d'amende (articles L. 716-9 et L716-10 et s. CPI), en fonction de la qualification du délit. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500.000 euros d'amende lorsque ces infractions sont commises en bande organisée, doublées en cas de récidive, et les peines d'amendes portées au quintuple lorsque les infractions sont commises par une personne morale (article 131-38 du Code pénal). Elles peuvent en outre être assorties de peines complémentaires comme la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée de cinq ans au plus, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction (L. 335-5, L. 521-10, L. 716-11-1 CPI), le retrait des produits contrefaisants et de toute chose qui a servi à la commission de l'infraction (L. 716-13, L. 335-6, L. 521-11 CPI), ou encore l'affichage du jugement ou de sa publication aux frais du prévenu (L. 615-14-3, L. 521-11, L. 335-6, L. 716-13 CPI).

Le régime de protection par la propriété intellectuelle et l'action en contrefaçon sont donc particulièrement favorables, sous réserve que le savoir-faire considéré soit un actif susceptible de protection par un titre ou un droit de propriété intellectuelle.

Cependant et dans la plupart des cas, le savoir-faire ne sera pas éligible à cette protection ou ne le sera que de façon incomplète.

Ainsi, un savoir-faire s'appuyant sur des procédés techniques innovants pourra ne pas être considéré comme inventif au sens du droit des brevets, ou, très probablement, seuls certains éléments le seront. Ainsi le brevet ne couvrira que partiellement l'étendue du

---

<sup>21</sup> N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, Lextenso éditions, LGDJ,, 2010, p. 696 et s.

<sup>22</sup> Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

<sup>23</sup> Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

savoir-faire considéré. De la même façon, à défaut de formalisation (savoir-faire verbal) ou d'originalité (process book sans recherche créative), le savoir-faire ne pourra être couvert par le droit d'auteur, etc.

Dans une telle hypothèse et afin de protéger un tel actif, il sera nécessaire de se tourner vers l'action en concurrence déloyale.

### 2.2.2. L'action en concurrence déloyale

Les atteintes au savoir-faire peuvent être sanctionnées par les mécanismes issus de la responsabilité civile délictuelle (articles 1382 et 1383 du Code civil) et plus particulièrement par l'action en concurrence déloyale pour parasitisme. Le parasitisme est défini comme « un ensemble de comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ».<sup>24</sup>

Cette action reconnaît la valeur économique d'un savoir-faire caractérisée par des investissements réalisés pour concevoir, promouvoir ou protéger le bien.

Comme toute action fondée sur la responsabilité délictuelle, l'action en concurrence déloyale nécessite de démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage (même si ce lien de causalité sera dans la plupart des cas présumé). La faute consistera généralement en une exploitation non autorisée du savoir-faire ou une appréhension de ce savoir-faire (i.e., un accès non autorisé au savoir-faire, par exemple en utilisant le travail de recherche et les efforts intellectuels développés par autrui pour développer un produit, un service, etc.).<sup>25</sup> En principe, cette faute ne nécessite pas de démontrer l'intention frauduleuse de l'auteur des faits, ce qui allège la charge de la preuve pour la victime. Il reste cependant nécessaire de démontrer que cette faute a causé un dommage. La victime devra donc démontrer l'existence d'un préjudice qui peut résulter d'une diminution ou d'une perte de valeur d'un avantage concurrentiel, tel que le savoir-faire détourné<sup>26</sup>, et indirectement une perte de chiffre d'affaires et un préjudice d'image vis-à-vis de la clientèle.

L'action en concurrence déloyale permet dès lors au titulaire du savoir-faire de bénéficier d'une protection sur cet actif, bien qu'il ne puisse revendiquer de monopole d'exploitation comme en matière de propriété intellectuelle.

Le principaux avantages de cette action, contrairement à l'action en contrefaçon, sont les suivants :

- Il s'agit d'une action issue du droit commun, qui pourra donc protéger toute forme de savoir-faire, quelle que soit sa valeur, sa matérialisation, son domaine d'application, son inventivité ou originalité, dès lors qu'une faute, un préjudice et un lien de causalité sont rapportés ;
- Le demandeur dans le cadre d'une action en concurrence déloyale sera également moins exposé aux attaques destinées à affaiblir la valeur ou remettre en cause l'existence de l'actif sur la base duquel l'action est menée. Au contraire, dans le cadre d'une action en contrefaçon, le défendeur aura tendance à invoquer la nullité ou la déchéance du titre servant de base à l'action, l'absence d'originalité de l'œuvre, l'existence d'antériorités, etc.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Cass. Com, 26 janvier 1999, pourvoi n°9622457.

<sup>25</sup> JCL Contrats – Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, §§ 103 et s.

<sup>26</sup> Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, Chapitre 1 Agissements fautifs, 2012, §7023.

<sup>27</sup> JCL Concurrence – Consommation, Fasc. 228 : Parasitisme ; Régime juridique, avr. 2013, §25.

En revanche, l'action en concurrence déloyale présentera pour le titulaire du savoir-faire plusieurs séries de difficultés :

- Comme indiqué précédemment, il est nécessaire de démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice pour pouvoir obtenir la réparation d'une atteinte à son savoir-faire. Par conséquent, le succès de l'action en concurrence déloyale ne sera possible que si le titulaire parvient à démontrer (i) que le savoir-faire n'est pas dans le domaine public, (i.e., qu'il présente bien un caractère secret), (ii) qu'il disposait préalablement de la maîtrise légitime de ce savoir-faire et (iii) qu'il justifie d'un effort de protection de son savoir-faire, sans quoi tant la preuve de la faute que du préjudice subi ne pourra être effectivement rapportée.<sup>28</sup>

A l'inverse, la réparation de la violation d'un droit de propriété intellectuelle ne requiert que la preuve de l'existence du droit et l'acte de violation (par exemple l'existence d'une reproduction non autorisée).

- L'octroi de dommages-intérêts sur le terrain de la concurrence déloyale ne couvrira que très rarement l'intégralité des préjudices subis par le titulaire du savoir-faire. Le montant exact du dommage subi sera difficile à apprécier dans la mesure où il s'agira le plus souvent d'une perte de chance ou d'un avantage concurrentiel. De la même façon et dans la plupart des cas, il sera particulièrement difficile de démontrer la réalité du préjudice d'image de la victime.
- De façon générale, certains juges, mêmes français, pourront être parfois réticents à protéger un actif n'ayant fait l'objet d'aucune protection par la propriété intellectuelle et ainsi à reconnaître une faute et l'existence d'un préjudice dans un contexte de libre concurrence et de liberté du commerce.
- Le titulaire du savoir-faire pourra être dissuadé d'agir devant les juridictions en raison du caractère public des procédures qui risque d'affaiblir la confidentialité du savoir-faire. En effet, afin de démontrer la violation de son savoir-faire, la victime devra justifier sa demande en divulguant tout ou partie du secret d'affaire prétendument violé avec le risque de contribuer ainsi à l'augmentation de son préjudice (a minima dans les échanges entre parties et avec les juges).
- Enfin, alors que l'action en contrefaçon pourra s'appuyer sur un monopole d'exploitation territorial (dans le cas d'un brevet ou d'une marque déposée dans le pays d'action), les entreprises constatent que l'action en concurrence déloyale pourra s'avérer difficile à mettre en œuvre si la violation survient à l'étranger ou si elle est menée à l'encontre d'une entité étrangère. Dans ce cas, il pourra être difficile voire impossible de démontrer l'atteinte au savoir-faire et d'obtenir une réparation si un droit étranger ne reconnaissant pas ce type d'action s'applique et, même en cas d'application du droit français et de compétence d'un juge français, l'exécution de la décision rendue pourra poser des difficultés d'exequatur.

L'action en concurrence déloyale est un moyen de protection du savoir-faire imparfait en ce qu'il est peu dissuasif pour prévenir une éventuelle violation et relativement inadapté pour obtenir une réparation intégrale dans le cas d'une violation avérée. Il reste cependant à ce jour le moyen de protection le plus utilisé à cette fin, à défaut de protection par la propriété intellectuelle.

Le recours à d'autres moyens d'action, notamment sur le terrain pénal, peut également être envisagé, en particulier à des fins dissuasives.

---

<sup>28</sup> JCL Contrats – Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, §§ 100 à 102.

### 2.2.3. L'atteinte au secret de fabrique

L'article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle renvoyant à l'article L.1227-7 (anc. L.152-7) du Code du travail énonce des peines de deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende pour la révélation d'un secret de fabrique.

Ces textes sanctionnent aussi bien la révélation du secret que la simple tentative de révélation. D'autre part, ils permettent d'engager la responsabilité pénale de l'auteur de la révélation mais également celle du bénéficiaire de la révélation dès lors que celui-ci est un tiers à l'entreprise titulaire du secret et qu'il n'est pas soumis à une obligation de confidentialité. Il n'est pas nécessaire que ce bénéficiaire soit de bonne ou de mauvaise foi ou qu'il ait exploité ce secret. La simple révélation suffira pour engager sa responsabilité pénale.<sup>29</sup>

Toutefois, comme déjà évoqué, la notion de secret de fabrique est entendue de manière très restrictive par la jurisprudence. Ainsi, cette protection pénale n'est accordée selon une jurisprudence constante qu'aux secrets relatifs à des « *procédés techniques à caractère industriel* »<sup>30</sup> et non aux secrets à caractère commercial. Cette limitation est également reconnue par une partie de la doctrine et notamment par le Doyen Roubier pour qui « *la définition du secret de fabrique tient tout entière dans les deux éléments qui sont tirés de sa dénomination même. Il faut qu'il s'agisse d'un moyen de fabrication ayant un caractère industriel, il faut qu'il y ait un secret* ». <sup>31</sup>

Le jugement rendu dans une affaire Michelin<sup>32</sup> témoigne du caractère strict de cette définition. Un ancien salarié du service R&D de cette société avait pris contact avec plusieurs sociétés concurrentes, dont la société Bridgestone, pour leur proposer de leur vendre des informations portant sur une innovation dont il avait eu connaissance pendant l'exécution de son contrat de travail. La société Bridgestone en avait alors immédiatement averti la société Michelin après s'être ménagé la preuve de ces agissements.

Alors pourtant que les faits étaient flagrants en l'espèce, les juges ont refusé de caractériser le délit de violation de secret de fabrique, au motif que n'était produit « *aucun élément technique suffisamment objectif, émanant en particulier d'autres personnes que des salariés de la Manufacture Michelin, permettant d'affirmer que ce mélange Gin's constituait effectivement un procédé de fabrication particulier offrant un intérêt pratique ou commercial, tenu secret* » et « *qu'aucune précision n'a également été apportée par la Manufacture Michelin concernant le dépôt d'éventuel brevet pour ce procédé qui était déjà en phase de développement* ». Le salarié a tout de même été condamné, mais sur le fondement de l'abus de confiance.

Une telle limitation est aujourd'hui en décalage avec la réalité de la vie des entreprises pour lesquelles le savoir-faire commercial peut également constituer un actif stratégique au cœur de l'activité.

De la même façon, le régime de la violation du secret de fabrique demeure restrictif dans la mesure où l'auteur de l'infraction ne peut être qu'un « *directeur ou un salarié* » de l'entreprise titulaire du secret. Seules les personnes liées à l'entreprise par un lien de subordination peuvent donc être considérées comme les auteurs potentiels de l'infraction. Cette limitation semble également avoir pour conséquence que seule une personne

---

<sup>29</sup> JCL Contrats – Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, juin 2014, §33.

<sup>30</sup> Cass. Com., 27 novembre 1931 : Ann. propr. ind.1932, p. 173. – Cass. Crim., 30 déc. 1931 : Ann. Propr. ind. 1932, p. 70. – Cass. Crim., 12 juin 1974 : Bull. crim. 1974, n° 218. – Cass. Crim., 7 nov. 1974 : Bull. crim. 1974, n° 323.

<sup>31</sup> P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle : S. 1952, t. 2, p.210.

<sup>32</sup> Tribunal Correctionnel de Clermont Ferrand, 21 juin 2010.

physique puisse être poursuivie au titre de l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle.<sup>33</sup>

En outre, comme dans toute action pénale, le délit de révélation d'un secret de fabrique ne sera constitué qu'en présence d'une intention coupable. Lorsque la révélation est accidentelle, l'infraction ne sera pas nécessairement constituée. A défaut de pouvoir établir la mauvaise foi du prévenu ou de pouvoir déduire son intention coupable des circonstances de la révélation, sa responsabilité pénale ne pourra être engagée et donc l'éventuelle demande indemnitaire de la victime sera rejetée.

De la même façon, quand bien même cette infraction serait constatée, la victime de la révélation du secret de fabrique ne pourra obtenir réparation que si elle émet sa demande dans le cadre de la procédure pénale en cours (constitution de partie civile), sans garantie d'être indemnisée à hauteur de son préjudice.

Enfin, comme pour la concurrence déloyale, le fait d'exposer sa demande dans une telle procédure publique est de nature à susciter des inquiétudes de la part du plaignant sur les risques de divulgation du savoir-faire en question qui n'est protégé par aucun titre.

#### 2.2.4. L'intrusion dans un système de traitement automatisé de données

Depuis la loi Godfrain du 5 juillet 1988, le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement dans tout ou partie d'un Système de Traitement Automatisé de Données (« STAD ») est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende. Cette peine est portée à trois ans d'emprisonnement et à 45.000 euros lorsqu'il en est résulté la suppression ou la modification de données contenues dans le système.<sup>34</sup> De surcroît, les peines complémentaires de l'article 323-5 peuvent également être prononcées. S'agissant des personnes morales, le montant de l'amende est multiplié par cinq conformément à l'article 131-38 du Code pénal et les peines complémentaires de l'article 131-38 du même code sont également applicables.<sup>35</sup>

Ce délit sanctionne ainsi et notamment les pratiques d'espionnage industriel dans un monde informatisé, et permettent indirectement au titulaire d'un savoir-faire documenté sur un système d'information de bénéficier d'une protection pénale contre toute intrusion et/ou tout maintien au sein de son système.

A cet effet, l'article 323-1 du Code pénal sanctionne à la fois l'accès à un STAD mais également le maintien frauduleux au sein dudit STAD, ce qui présente un intérêt dans deux situations en particulier : (i) lorsque l'accès au système par une personne avait été autorisé mais que les opérations réalisées par cette personne au sein du système ne l'étaient pas ; tel sera le cas par exemple d'une personne initialement autorisée à accéder au système pour la réalisation d'une opération particulière mais qui profite de cet accès pour copier des données ou réaliser des opérations sans autorisation ; (ii) lorsque la personne concernée a accédé de manière involontaire au système mais se maintient ensuite volontairement au sein du système.

De surcroît, les délits d'accès et de maintien au sein d'un système sont constitués dès lors qu'une personne non habilitée pénètre frauduleusement ou se maintient frauduleusement

---

<sup>33</sup> J. Lasserre Capdeville, Le délit de violation du secret de fabrique, AJ Pénal 2011 p. 459.

<sup>34</sup> Article L. 323-1 du Code pénal.

<sup>35</sup> Art. 323-6 (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 124-I) «Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par l'article 131-39.» L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

au sein dudit système, peu important l'existence d'un dommage au système ou d'un préjudice subi par quelque personne que ce soit, ce qui facilite la preuve de l'élément matériel de l'infraction.<sup>36</sup>

Toutefois, cette protection pénale présente de nombreuses limites. En premier lieu, la victime devra démontrer l'existence d'un système automatisé de données et d'un accès audit système, condition préalable à la réalisation de l'infraction. Or, le Code pénal ne fournit pas de définition précise de la notion de « Système de Traitement Automatisé de Données » et la jurisprudence ne semble pas unanime sur le sujet.

Comme pour toute action pénale, il sera nécessaire de démontrer l'existence d'une intention frauduleuse. La victime devra donc démontrer la volonté et la conscience du prévenu de commettre un acte illicite.<sup>37</sup>

Par ailleurs, les délits d'accès ou de maintien au sein d'un STAD ne sanctionnent que l'intrusion ou le maintien en tant que tel et non la détention des informations que le système de traitement automatisé de données contient<sup>38</sup>. C'est l'atteinte au système informatique lui-même qui est sanctionné (le contenant et non le contenu). Cela entraîne plusieurs conséquences, en premier lieu le propriétaire ou responsable du système informatique subissant l'intrusion et pouvant prétendre à l'action civile en réparation pourra ne pas être nécessairement le propriétaire des données contenues sur celui-ci (prestataire hébergeur ou d'infogérance).<sup>39</sup>

En outre, et quand bien même le responsable du système serait également le propriétaire des données qu'il contient, il ne pourra obtenir que l'indemnisation du préjudice résultant directement de l'accès et du maintien frauduleux dans le système, et non celui résultant de l'utilisation frauduleuse des éventuelles données détournées.

Enfin, ce texte n'aura naturellement d'utilité que si le savoir-faire détourné est localisé sur le système d'information et n'est pas en tout ou partie formalisé dans de la documentation physique.

Malgré les limites offertes par la protection pénale, ces délits constituent des mécanismes de protection auxiliaires dissuasifs pour le titulaire de savoir-faire. Ainsi, en septembre 2013, le groupe français Bolloré soupçonnait le sous-traitant de la firme allemande BMW de vouloir s'approprier frauduleusement son savoir-faire en accédant aux bornes informatiques Autolib. Une plainte fut ainsi déposée pour intrusion dans un système informatique mais également pour abus de confiance.<sup>40</sup> Les relations entre les deux sociétés semblent toutefois s'être apaisées, ces dernières venant d'annoncer avoir trouvé un accord aux termes duquel les nouvelles voitures BMW électriques pourront se recharger sur les bornes électriques du réseau Autolib<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> JCL Pénal Code Art. 323-1 à 323-7, Fasc. 20 : Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, §§5 à 16.

<sup>37</sup> JCL Pénal Code Art. 323-1 à 323-7, Fasc. 20 : Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, §§33 et 39.

<sup>38</sup> JCL Pénal Code Art. 323-1 à 323-7, Fasc. 20 : Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, §33.

<sup>39</sup> JCL Pénal Code Art. 323-1 à 323-7, Fasc. 20 : Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, §68.

<sup>40</sup> LesEchos.fr, Jean-Yves Archer, Plainte de Bolloré contre BMW : le big bang ?, septembre 2014, accessible à [http : //www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-79569-plainte-de-bollore-contre-bmw-le-big-bang-1018954.php#](http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-79569-plainte-de-bollore-contre-bmw-le-big-bang-1018954.php#)

<sup>41</sup> Le Figaro.fr, Emmanuel Egloff, BMW et Bolloré enterrent la hache de guerre, 19 juillet 2014, accessible à [http : //www.lefigaro.fr/societes/2014/07/19/20005-20140719ARTFIG00033-bmw-et-bollore-enterrent-la-hache-de-guerre.php](http://www.lefigaro.fr/societes/2014/07/19/20005-20140719ARTFIG00033-bmw-et-bollore-enterrent-la-hache-de-guerre.php).

### 2.2.5. Le vol et l'abus de confiance

Le vol et l'abus de confiance sont tous deux des infractions ayant pour objet de sanctionner une appropriation frauduleuse de la propriété d'autrui. Néanmoins, à la différence du vol, l'abus de confiance suppose une remise préalable volontaire de la part du propriétaire et non une appréhension frauduleuse de la chose.

#### 2.2.5.1 Le vol

La victime d'une usurpation ou d'une appréhension illicite de son savoir-faire peut demander l'application de l'article 311-1 du Code pénal qui sanctionne le délit de vol défini comme la « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », il est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende. Cette peine peut être rehaussée en fonction des circonstances de la commission de l'infraction.<sup>42</sup>

Pour être constitué, le délit de vol nécessite donc que soient démontrés deux éléments : (i) la soustraction d'une chose (élément matériel) et (ii) l'intention de l'auteur de déposséder le propriétaire légitime de la chose (élément moral).

La protection pénale offerte par l'article 311-1 du Code pénal présente néanmoins des limites évidentes dans le cas d'un détournement de savoir-faire. Outre les difficultés propres à la matière pénale et déjà évoquées (preuve de l'intention de l'auteur, lourdeur de la procédure pénale avec la nécessité de se constituer partie civile et inadaptation relative aux demandes indemnitaires, etc.), une limite particulière est liée à la qualification de vol.

En effet, selon jurisprudence constante, la soustraction d'une chose ne peut porter que sur un bien corporel. A l'inverse, les biens incorporels tels que les idées, le contenu d'un savoir-faire, les informations, ne peuvent entrer dans le champ de cette qualification.

A l'exception de quelques décisions qui ont retenu la qualification de vol dans des cas de reproduction d'informations<sup>43</sup>, de soustraction de formules chimiques ou de contenu de documents, la Cour de cassation semble s'en tenir à l'approche traditionnelle.<sup>44</sup>

Le délit de vol retrouve un intérêt lorsque le bien incorporel est intégré au sein d'un support matériel. En effet, si la qualification de vol ne peut être appliquée à l'information brute, elle redevient envisageable lorsque cette idée est formalisée sur un support. Par conséquent, dès lors que le savoir-faire sera formalisé sur un support matériel, son titulaire pourra bénéficier de la protection pénale au titre de l'article 311-1 précité.

Cependant, et à l'instar du délit d'intrusion dans un STAD, la demande en réparation ne pourra porter que sur les conséquences du vol de l'élément corporel (le contenant) et non les informations contenues, quelle que soit leur valeur stratégique.

#### 2.2.5.2 L'abus de confiance

L'article 314-1 du Code pénal définit l'abus de confiance comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

---

<sup>42</sup> Article 311-4 à 311-11 du Code pénal.

<sup>43</sup> Cass. Crim. 4 mars 2008, n° 07-84002.

<sup>44</sup> JCL Pénal Code, Art. 311-1 à 311-16, Fasc. 20 : Vol, Octobre 2014, §20.

Rapport Carayon sur la proposition de loi n°3985 visant à sanctionner la violation du secret des affaires, p. 18-19.

Ainsi, pour être constitué, le délit d'abus de confiance suppose que soient démontrés la remise d'une chose d'une part, et le détournement de cette chose d'autre part. Le détournement sera constitué dès lors que le destinataire du bien l'utilisera à une fin étrangère à celle initialement prévue.

Le titulaire d'un savoir-faire qui a remis à son cocontractant (par exemple un prestataire de service, un employeur, etc.) un support contenant ledit savoir-faire pourra se fonder sur l'article 314-1 si le destinataire abuse de sa confiance et détourne les informations ainsi communiquées.

A l'inverse de l'infraction de vol, la chose remise et détournée peut être un bien corporel ou incorporel puisque le texte vise « tout bien quelconque ». La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs confirmé dans un arrêt du 22 novembre 2014 que des données informatiques confidentielles constituent un bien au sens de l'article 314-1 du code pénal.<sup>45</sup>

Toutefois, la protection pénale offerte par le délit d'abus de confiance présente également certaines limites. La remise de la chose est nécessairement volontaire et doit être réalisée en vertu d'un contrat déterminé et aux fins limitativement prévues par l'article 314-1 du Code pénal. Rappelons en effet que cette remise doit être effectuée « à charge de rendre ou de représenter ou de faire un usage déterminé de la chose ».

Aussi, en l'absence d'une telle remise et/ou à défaut de pouvoir justifier des finalités de la remise, le titulaire du savoir-faire ne pourra se prévaloir de l'article 314-1 du Code pénal.<sup>46</sup>

Dans le cas où la remise des informations est volontaire et réalisée en application d'un contrat, il est d'ailleurs probable que l'émetteur des informations cherche à sécuriser cette remise au sein du contrat via une clause de confidentialité détaillée. Dans cette hypothèse en cas de détournement, l'émetteur appuiera probablement sa demande sur la violation contractuelle avant de rechercher une qualification pénale pour abus de confiance.

En effet, outre les obstacles liés à la qualification de l'infraction d'abus de confiance, les difficultés propres à la matière pénale se retrouvent à nouveau et rendrons la demande indemnitaire plus difficile. Elle le sera d'autant plus lorsque l'auteur de l'infraction est un salarié<sup>47</sup>.

#### 2.2.6. L'atteinte au secret des correspondances

L'article L. 226-15 du Code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende « le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance ». Il punit des mêmes peines, en son alinéa 2, « le fait, commis de mauvaise foi, de d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions ».

---

<sup>45</sup> Legalis, Abus de confiance : une donnée est un bien, Note sous arrêt Cass. Crim, 22 octobre 2014, n° 13-82630, accessed in [http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id\\_article=4356](http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=4356)

Voir également : JCL Pénal Code Art. 314-1 à 314-4, Fasc. 20 : Abus de confiance, février 2012, §23.

<sup>46</sup> JCL Pénal Code Art. 314-1 à 314-4, Fasc. 20 : Abus de confiance, février 2012, §§ 31 à 33.

JCL Contrats – Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, juin 2014, §58 à 60.

<sup>47</sup> Voir notamment sur la qualification d'abus de confiance et la possession par le salarié de documents nécessaires à sa défense dans le cadre d'un litige prud'homal, Lamy Droit Pénal des Affaires 2015 n° 853 et n°4286, et Cass. Crim. 16 juin 2011, n° 10-85079.

La notion de correspondance est entendue largement. Elle couvre en effet l'objet de toute communication entre au moins deux personnes<sup>48</sup> portée sur un support matériel (ex : lettre) ou dématérialisé (email, conversation téléphonique), peu important le contenu de cette communication (privé ou professionnel). Cela peut dès lors couvrir toute information et tout domaine (commercial, technique, gestionnaire ou informatique).

L'élément matériel de l'infraction est également entendu largement, puisqu'il vise à la fois l'atteinte à l'acheminement des correspondances en interdisant le détournement, la suppression et le retardement des messages, mais également l'atteinte à la correspondance en tant que telle, en en sanctionnant l'ouverture, l'interception ou encore l'utilisation ou la divulgation.

Cette protection peut dès lors s'avérer efficace pour sanctionner le détournement par un tiers d'une information confidentielle communiquée par tout moyen à un partenaire, elle sera cependant inefficace dès lors que l'auteur du détournement est justement ledit partenaire destinataire de la correspondance.

#### 2.2.7. L'atteinte au secret professionnel

L'article 226-13 du Code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende toute révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

L'élément matériel de l'infraction (la révélation) est entendu largement. Le simple fait de faire connaître, de faire découvrir ou de confirmer à un tiers non tenu au secret, toute ou partie de l'information secrète est une révélation au sens de l'article 226-13. Ainsi, à l'inverse de la divulgation qui suppose que l'information ait été transmise à un public entier, la révélation à une personne unique sera fautive.<sup>49</sup>

De surcroît, la notion de secret est également entendue largement. Elle peut concerner toute information et tout domaine (commercial, technique, gestionnaire ou informatique).

Toutefois, le champ d'application de l'article 226-13 du Code pénal demeure assez restreint puisqu'il ne vise que les personnes légalement tenues au secret professionnel, c'est-à-dire les personnes qui ont accès au secret en raison de leur profession. Il s'agit notamment des avocats, médecins, commissaires aux comptes et experts comptables. A l'inverse, si l'auteur de la révélation est un salarié du titulaire de ce savoir-faire, ce dernier ne semble pas pouvoir bénéficier de la protection pénale offerte par le délit de révélation d'un secret professionnel.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> JCL Pénal Code Art. 226-15, Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers, 31 mars 2008, §5.

<sup>49</sup> JCL Pénal Code Art. 226-13 et 226-14, Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret. - Conditions d'existence de l'infraction. - Pénalités, mars 2012 §42 et s.

<sup>50</sup> JCL Pénal Code Art. 226-13 et 226-14, Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret . - Conditions d'existence de l'infraction. - Pénalités, mars 2012 §.

JCL Contrats - Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, juin 2014, §48 et s.

## En synthèse

Le savoir-faire tel que la pratique l'entend aujourd'hui n'est défini par aucun texte et par conséquent ne bénéficie d'aucune protection spécifique. En l'absence de droit de propriété sur le savoir-faire, il sera impossible de le valoriser ou de le céder. Le titulaire du savoir-faire ne pourra dès lors que choisir de préserver le secret, ou de transmettre son savoir-faire à un tiers.

En cas d'atteinte à un savoir-faire, le titulaire pourra néanmoins recourir à des textes visant à protéger sa propriété intellectuelle, sous réserve que le savoir-faire puisse être protégé à ce titre, poursuivre le fautif dans le cadre d'une procédure pénale s'il peut bénéficier d'une qualification à ce titre, ou engager une action en concurrence déloyale, ce qui reste par défaut toujours possible dès lors que l'on peut démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Cependant, à défaut de texte spécifique, il sera dans la plupart des cas difficile pour le titulaire de valoriser en justice son savoir-faire dans son intégralité, et donc d'obtenir une réparation à la hauteur du préjudice qu'il pourrait subir en cas de détournement de son savoir-faire, tenant compte en particulier de la valeur stratégique du savoir-faire en question.

A défaut d'encadrement légal, les entreprises cherchent dans la plupart des cas à protéger leur savoir-faire par des moyens pratiques techniques, organisationnels ou contractuels.

Ces moyens resteraient nécessaires, même en présence d'un texte spécifique en la matière, puisqu'il n'aurait vocation qu'à sanctionner un détournement de savoir-faire et à obtenir réparation à ce titre.

A l'inverse, les moyens pratiques mis en place au sein des entreprises sont également des outils de gestion du savoir-faire et de la politique interne de sécurité juridique ou technique, notamment aux fins de prévenir un futur détournement de savoir-faire.

## 3. Pratiques des entreprises

La plupart des entreprises disposant d'un savoir-faire identifié et stratégique cherchent à le protéger et ainsi prévenir une atteinte à ce dernier via des moyens de protection développés par la pratique.

L'importance des moyens mis en œuvre dépend souvent de la culture interne de l'entreprise concernée, des éventuelles atteintes subies par le passé et de la sensibilisation aux enjeux de protection du savoir-faire.

Les moyens de protection des entreprises sont principalement de deux natures, juridiques et contractuels (3.1) d'une part, et techniques d'autre part (3.2).

### 3.1. Protection par le biais d'engagements contractuels

Un des mécanismes les plus répandus de protection du savoir-faire consiste à conclure des engagements, en interne ou avec des tiers, de ne pas divulguer les informations stratégiques de l'entreprise et de ne pas les exploiter sans autorisation.

#### 3.1.1. Engagements à faire peser sur les collaborateurs de l'entreprise

En interne, cette protection va se manifester par la conclusion, avec les salariés de l'entreprise, d'accords spécifiques ou de clauses particulières dans leurs contrats de travail telles que les clauses de confidentialité et les clauses de non-concurrence.

Par la clause de confidentialité, l'employeur va interdire au salarié de communiquer le savoir-faire qui lui a été transmis à l'occasion de son emploi.

Il lui sera possible de stipuler que cette obligation se maintiendra après l'expiration du contrat de travail pour une durée suffisante. Dans ce cas, l'obligation ne cessera qu'en cas de disparition du savoir-faire concerné ou s'il tombe dans le domaine public.

La clause de non-concurrence post-contractuelle permet à l'entreprise de protéger son savoir-faire a posteriori, après la cessation du contrat de travail, en empêchant l'ancien salarié de travailler pour un concurrent ou de s'établir à son propre compte aux fins en particulier d'exploiter le savoir-faire obtenu dans le cadre de son précédent emploi.

Les critères de validité d'une telle clause sont à présent bien arrêtés, il est nécessaire qu'elle réponde à quatre conditions cumulatives de validité :

- elle doit être justifiée par un intérêt légitime ;
- être limitée dans le temps ;
- être limitée dans l'espace ;
- prévoir une contrepartie financière.<sup>51</sup>

La violation de l'obligation de non concurrence par le salarié constitue une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle et l'oblige ainsi à réparer le préjudice subi, sans qu'il soit nécessaire pour le titulaire du savoir-faire (l'employeur) de mener une action délictuelle (notamment en concurrence déloyale).

---

<sup>51</sup> JCL Contrats – Distribution, Fasc. 1850 : Réserve du savoir-faire, juin 2014, §§ 120 et suivants :

- Formulaire Lamy Social Commenté, Clause de non-concurrence.

### 3.1.2. Engagements à faire peser sur les tiers

A l'extérieur de l'entreprise, le risque de divulgation et d'exploitation non autorisée du savoir-faire sera particulièrement fort puisque l'entreprise sera constamment amenée à communiquer des éléments de son savoir-faire à des tiers, qu'il s'agisse de partenaires, de fournisseurs, de sous-traitants (par exemple, des fabricants), de distributeurs ou même de clients et prospects (par exemple, dans le cadre d'une communication de proposition de service, etc.).

Ce risque peut être encadré par la signature, avec ces tiers, d'accords de confidentialité ou d'accords interdisant la divulgation et l'exploitation non autorisée du savoir-faire communiqué. La pratique désigne plus généralement ces engagements par leur terminologie anglo-saxonne : *non-disclosure agreement (NDA)*.

Ces accords sont particulièrement nécessaires afin de sécuriser des négociations contractuelles en amont, dès les premiers échanges et dans l'attente de la conclusion de futurs accords commerciaux. Cela permet d'interdire la réutilisation par le tiers concerné des informations communiquées pendant les négociations, en particulier en cas d'échec de celles-ci.

Certains mécanismes contractuels sont largement répandus au sein de ces accords qui prévoient généralement :

- Une définition assez précise du périmètre du savoir-faire/des informations couvertes par le secret, afin que ces dernières soient identifiables, mais suffisamment large pour éviter que des informations potentiellement confidentielles n'entrent pas dans le champ de cette définition. Dans ce cadre, il est notamment important de sécuriser les échanges d'information non formalisés, par exemple à l'oral, afin qu'ils soient également couverts par la définition retenue ;
- Les obligations à la charge de celui qui va révéler tout ou partie du savoir-faire ;
- Les obligations à la charge de celui qui devra les maintenir confidentielles (engagement de non-divulgation) et s'interdire de les exploiter ou de se les approprier par le dépôt ou la tentative de dépôt d'un titre de propriété intellectuelle pendant le temps des négociations, et après la fin de celles-ci (accord de non-exploitation) ;
- Des sanctions suffisamment dissuasives en cas de violation du savoir-faire (clause pénale) ;
- Les conséquences de l'échec des négociations avec en particulier la restitution/destruction des éléments communiqués.

Au sein du contrat définitif qui sera établi en cas de succès des négociations, des engagements de confidentialité devront également être repris afin de préciser notamment :

- La durée des obligations, en particulier celles tenant au secret et à l'interdiction d'exploiter le savoir-faire en fonction de la nature et de l'objet de la convention. S'agissant par exemple d'un contrat de licence de savoir-faire, la durée du contrat pourra être « *indéterminable puisqu'elle est liée au caractère secret du savoir-faire* »<sup>52</sup>. La pratique prévoit généralement que la clause de confidentialité survivra à l'expiration, la résiliation et/ou l'annulation du contrat pendant une certaine durée (souvent entre 5 et 10 ans lorsque le savoir-faire est particulièrement sensible) ;

---

<sup>52</sup> Jurisclasseur n°4710 « Contrat de licence de savoir-faire », Regis Fabre, janvier 2012.

- Les engagements et garanties pris en matière de confidentialité et de sécurité (plan assurance sécurité pour certains prestataires notamment dans le domaine de l'informatique, etc.) ;
- Les moyens pour le titulaire du savoir-faire de contrôler le respect de ces obligations, via notamment des clauses d'audit sur place ou sur pièces permettant de vérifier les moyens mis en œuvre par le partenaire à cet égard.

Que ce soit dans les accords de confidentialité précontractuels ou dans les conventions définitives, il sera recommandé en pratique de prévoir un engagement de porte-fort de la société signataire de l'accord, vis-à-vis de ses dirigeants, personnels, sous-traitants, etc. qui par nature ne sont pas partie à l'accord et donc non directement soumis aux obligations de confidentialité.

Dans les projets industriels les plus sensibles, les directions juridiques des sociétés qui communiquent leur savoir-faire n'hésitent pas à faire conclure des accords de confidentialité personnels avec les principaux interlocuteurs de leurs clients, fournisseurs ou partenaires (responsable de site, chef de projet, équipes intervenantes, etc.). Elles peuvent même aller jusqu'à prévoir qu'un audit du système informatique des parties au projet soit conduit, afin d'en vérifier la sécurité.

Enfin, à l'instar des contrats de travail, certains contrats portant sur l'exploitation du savoir-faire devront prévoir une clause de non concurrence pendant la durée du contrat et à l'issue de celui-ci afin d'empêcher le partenaire d'exploiter le savoir-faire dans le cadre d'une activité concurrente.

De la même façon, ces clauses peuvent être réglementées par le droit de la concurrence (notamment sur le fondement de l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et du règlement d'exemption de 2010<sup>53</sup>) dans la mesure où elles peuvent avoir un impact sur le marché. Dès lors, elles devront rester proportionnées quant aux produits/ services concernés par l'interdiction, la durée (par exemple, s'agissant des accords verticaux, cinq ans maximum pendant la durée de l'accord, un an à compter de l'expiration de celui-ci) et la délimitation géographique de l'interdiction (l'obligation doit être limitée aux locaux et/ou au territoire à partir desquels l'acheteur ou le partenaire a opéré pendant la durée de l'accord). Enfin, l'obligation de non-concurrence post-contractuelle doit être indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur.<sup>54</sup> Le règlement européen de 2010 sur l'application de l'article 101§3 TFUE précise par ailleurs que l'exclusion des clauses de non-concurrence du bénéfice de l'exemption n'empêche pas de limiter, pour une durée limitée, l'utilisation et la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, notamment article 5, 1 b).

<sup>54</sup> Article 5, 3 du Règlement d'exemption de 2010.

<sup>55</sup> Article 5§3 dernier alinéa du Règlement d'exemption de 2010.

### 3.2. Mesures pratiques visant à protéger le secret

En dehors des accords de confidentialité, le caractère secret d'une innovation se traduit par la mise en place de mesures de contrôle et de protection. Le panel d'entreprises consulté issu de différents secteurs d'activité (cf. annexe 3) nous a notamment permis d'identifier ces différents moyens de protection :

- Des moyens de sécurité physique concernant l'accès aux sites industriels et commerciaux afin de limiter les risques d'intrusion (caméras, badges, postes de sécurité, salles blindées coupant les signaux extérieurs, etc.) et concernant la sécurité interne à l'entreprise afin de limiter les accès à des documents ou zones à certaines catégories d'employés (coffres forts, contrôles biométriques, etc.) ;
- Des moyens de sécurité logique et informatique afin de limiter les intrusions externes et les accès à certaines informations par certaines catégories d'employés : pare-feux, codes d'accès, logiciels anti-virus, anti-troyens, etc. ;
- Des moyens organisationnels tels que notamment :
  - La limitation du nombre d'interlocuteurs ayant accès aux données les plus sensibles (contrôle des destinataires des emails) et le cloisonnement de l'information en ne la rendant disponible qu'aux interlocuteurs concernés, et ce afin d'éviter que de trop nombreuses personnes aient une vision globale du savoir-faire ;
  - La multiplication des acteurs intervenant dans la réalisation d'un produit afin qu'aucun d'entre eux ne maîtrise l'ensemble de la chaîne de production (plusieurs fournisseurs / sous-traitants sur les composants, ingrédients, l'assemblage final n'est réalisé que par une unité de confiance) ;
  - Le regroupement des données dans des répertoires uniques avec accès limité et le contrôle des niveaux d'habilitation afin que seules certaines personnes aient accès à ces répertoires ;
  - La limitation des interventions extérieures sur les sites industriels, en encadrant les opérations de livraison/ approvisionnement et maintenance des outils afin de limiter le risque d'espionnage industriel à ces occasions (dépôt des livraisons à l'entrée de l'usine, intervention du tiers toujours accompagné d'un salarié de confiance, contrôle des téléphones/appareils photo à l'entrée, procédures de « check-in » / « check out » avec le nom voire la photo des intervenants, la liste des informations obtenues, la signature d'un document récapitulatif communiqué à la direction des sociétés concernées, etc.) ; La mise en place d'une procédure permettant d'assurer la traçabilité de la remise des informations aux intervenants concernés ;
  - En amont de tout projet collaboratif, l'évaluation du degré de savoir-faire qui peut ou non être transmis et l'identification du savoir-faire préalablement détenu par les parties ;
  - La prise de participation capitalistique chez certains partenaires/ distributeurs afin d'une part de faciliter le transfert de savoir-faire mais également de contrôler son utilisation et ainsi prévenir les risques de détournement ;
  - La mise en place de leurres : dépôt de faux brevets, communication de faux devis ou de fausses informations techniques lorsque cela est demandé dans l'attente de la signature d'un accord de confidentialité ;
  - La mise en place de veilles technologiques permettant d'identifier au sein de chaque département d'une entreprise les innovations ou travaux devant faire l'objet d'une protection spécifique le cas échéant via le dépôt d'un titre.

- Des outils d'information et de sensibilisation des salariés et partenaires tels que :
  - L'instauration d'une politique de respect de la confidentialité au sein de l'entreprise (notes internes / règlement intérieur) ;
  - Le rappel du caractère confidentiel et/ou particulièrement sensible de certaines informations, de certains sites ou outils ;
  - L'organisation de campagnes de sensibilisation/ formation des responsables de branches/ services sur la nécessité de sécuriser les transferts d'information, de recourir à des outils contractuels tels que les accords de confidentialité au début de chaque nouvelle relation, etc. ;
  - L'utilisation de la charte informatique afin de réguler l'utilisation de l'outil informatique qui peut être un vecteur de diffusion de l'information.
- La mise en place de politiques de sécurité spécifiques pour les voyageurs, déclinée par pays selon le niveau de risque présenté ;
- Des outils de consignation de la preuve d'une antériorité sur une innovation ou un savoir-faire resté secret, avec date certaine :
  - L'envoi à soi-même de LRAR non décachetées (et qui pourront être produites en justice afin d'attester d'une date certaine, puisque seul le juge se livrera à l'ouverture de ladite lettre) ;
  - L'enveloppe Soleau, déposée à l'INPI ;
  - Le constat d'huissier portant sur un procédé, un produit ;
  - Le constat réalisé par l'entreprise et déposé chez un huissier, un notaire ou la recette des impôts afin de lui donner date certaine.

### 3.3. *Bilan coûts/avantage des moyens de protection par la pratique*

#### 3.3.1. Avantages

- Complémentarité : la protection par les contrats et les moyens techniques ou organisationnels ne fait pas obstacle aux moyens de protection légaux ;
- Gratuité ou coûts réduits : à l'inverse d'un dépôt de brevet par exemple, où en fonction du périmètre de protection envisagé et des moyens octroyés à sa défense, les coûts affectés peuvent être particulièrement élevés ;
- Evolutivité : le savoir-faire est par nature protégé par le secret de façon constante, quel que soit son périmètre, à la différence d'un titre de propriété intellectuelle comme le brevet qui ne protège une innovation qu'au moment du dépôt, et non les innovations qui lui succéderont ou en découleront ;
- Secret : les innovations protégées par ces moyens restent secrètes, contrairement à la divulgation apportée par la publication des brevets ;

- Les innovations peuvent rester exclusives plus longtemps, et non limitées aux durées légales de protection prévues par le Code de la Propriété Intellectuelle. Ainsi, la recette du Coca-cola, inventée en 1886, n'a apparemment été dévoilée – et encore de manière incertaine – par un journaliste US qu'en 2011 et est ainsi restée secrète pendant 125 ans<sup>56</sup>.

### 3.3.2. Risques/Limites de ces méthodes de protection

- Une fois divulgué, le savoir-faire ainsi protégé par les outils pratiques perd sa valeur et ne bénéficie plus de protection ;
- Les mesures de protection du savoir-faire (et de défense le cas échéant) peuvent s'avérer coûteuses mises bout à bout (moyens juridiques, techniques, financiers, humains et organisationnels mis en œuvre). Leur recours ne sera justifié que s'il est possible d'estimer le retour sur investissement. Or, certaines entreprises ne cherchent pas à investir dans la protection de leur savoir-faire si elles n'en connaissent pas la valeur stratégique ou si elles savent qu'il est en pratique difficile à détourner/ exploiter par un tiers (ex : dans l'agroalimentaire, un procédé de fabrication ne constitue qu'une partie du produit final, le choix des matières premières, le placement marketing, etc. feront que même en cas d'utilisation du savoir-faire par un concurrent, le produit final peut être distinct et donc le préjudice subi difficilement évaluable) ;
- Le savoir-faire peut être difficile à monétiser, faute d'être documenté sur la base de standards de place, contrairement aux actifs de propriété intellectuelle plus facilement valorisables notamment auprès des investisseurs ;
- Le savoir-faire peut être particulièrement difficile à identifier et à distinguer de la simple expertise/ compétence, notamment en l'absence de formalisation/ documentation de ce savoir-faire et notamment dans le secteur tertiaire où la part de prestations intellectuelles est plus important ;
- La protection par le secret est inutile si le reverse engineering est possible ;
- La protection par le secret incite à ne pas documenter le savoir-faire, ce qui limite les possibilités de licence et de transfert du savoir-faire notamment en cas de départ d'un salarié. De la même façon, l'absence de documentation empêche toute valorisation du savoir-faire pour l'entreprise. Celle-ci est en effet privée de toute possibilité de pouvoir justifier auprès des banques, de clients ou partenaires potentiels, de l'existence d'une véritable plus-value ;
- Le faible pouvoir de négociation de l'entreprise titulaire du savoir-faire peut rendre difficile la signature d'accords de confidentialité et la mise en place de moyens techniques ou organisationnels de protection dans les relations avec certains partenaires dont l'entreprise peut dépendre économiquement ;
- La sensibilisation des salariés à la nécessité de protéger les innovations, procédures et méthodes de l'entreprise par le secret peut être difficile dans certains contextes, notamment lorsqu'il existe une culture du partage dans certains corps de métiers (ouvriers, ingénieurs, etc.).

---

<sup>56</sup> France24.fr, « La recette secrète du Coca-Cola vient-elle de faire "Pshitt" ? », Sebastien SEIBT, 16 février 2011, accessible à [http : //www.france24.com/fr/20110215-coca-cola-recette-americanlife-pemberton-ingredient-mystere-fin-reaction/](http://www.france24.com/fr/20110215-coca-cola-recette-americanlife-pemberton-ingredient-mystere-fin-reaction/)

## Mécanismes de protection développés

### Synthèse

Avantages	Inconvénients
Modularité et complémentarité de la protection (contrats, titres + moyens techniques, organisation interne)	Identification du savoir-faire stratégique difficile notamment dans le secteur tertiaire. Mise en place de ces mesures difficile si l'entreprise a un faible pouvoir de négociation.
Pas de coûts associés au dépôt et renouvellement de titres	Coûts qui peuvent néanmoins devenir relativement élevés selon les moyens déployés (contrats, mesures de sécurité techniques et organisationnelles, etc.)
Protection évolutive grâce à la confidentialité (périmètre de protection non limité par un titre déposé)	Protection juridique inexistante et valeur réduite du savoir-faire dès la première divulgation
Confidentialité préservée de façon potentiellement perpétuelle	Protection de la confidentialité par le seul secret, sans moyen d'action hors accord éventuel de confidentialité
Exclusivité / avantage concurrentiel préservés de façon potentiellement perpétuelle	Monétisation difficile du savoir-faire faute d'être documenté sur la base de standards de place.

## En synthèse

Afin de sécuriser la confidentialité de leur savoir-faire, les moyens de protection complémentaires développés par les entreprises sont soit de nature juridique ou contractuelle, d'une part, soit technique ou organisationnelle d'autre part.

Sur le plan juridique et contractuel, des engagements de confidentialité et/ou de non-concurrence sont signés en interne, avec les membres de l'entreprise (personnels, dirigeants, etc.) mais également avec les tiers (clients potentiels, partenaires, etc.).

Ces engagements permettent au titulaire du savoir-faire de prévenir, gérer et contrôler l'utilisation et la diffusion des informations constituant son savoir-faire. En cas de violation de l'obligation de confidentialité ou de non concurrence, il pourra alors engager la responsabilité contractuelle de la personne défaillante et obtenir réparation du préjudice subi.

Cette protection juridique est généralement complétée par des mesures de protection techniques et organisationnelles destinées à sécuriser l'information au sein de l'entreprise. Ainsi, des mesures purement physiques ou techniques, de protection des sites, des bâtiments ainsi que du matériel informatique utilisé sont mises en place (contrôle de l'accès, chiffrement, verrouillage, etc.). Des méthodes d'organisation de l'activité (notamment de la chaîne de production) et de l'entreprise permettent également de préserver la confidentialité du savoir-faire. Ces mesures ont pour objectif premier de morceler l'information au sein de l'entreprise et de restreindre le plus possible l'accès à l'ensemble des informations confidentielles. Enfin, des politiques de sensibilisation et d'information sur l'importance de la confidentialité sont menées auprès des membres et salariés de l'entreprise afin de développer une culture du secret.

Les différentes mesures juridiques et techniques développées par les entreprises présentent un intérêt certain en termes de complémentarité et permettent de préserver la confidentialité du savoir-faire sans limite de temps, tout en se réservant une exploitation exclusive de ce savoir-faire.

Toutefois, ces outils demeurent limités et empêchent une véritable valorisation du savoir-faire qui représente pourtant un atout stratégique pour l'entreprise. Tout d'abord, les entreprises éprouvent des difficultés à identifier ce qui pourrait constituer leur savoir-faire. Ensuite, même lorsqu'un savoir-faire est identifiable, les mesures de protection demeurent limitées dans la mesure où, une fois divulgué, le savoir-faire perd toute valeur. Parallèlement, l'absence de documentation destinée à préserver la confidentialité du savoir-faire prive l'entreprise de la possibilité de faire valoir ledit savoir-faire auprès des investisseurs, clients ou partenaires potentiels.

## 4. Les pistes à l'étude

Une évolution du cadre juridique est nécessaire afin de fournir aux entreprises les outils leur permettant de valoriser les actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la propriété intellectuelle.

Une première piste d'évolution découle en premier lieu d'une analyse des mécanismes de protection du savoir-faire développés à l'étranger et des perspectives d'évolution en France et au sein de l'Union européenne.

Des pistes alternatives aux projets réglementaires français et européens peuvent également être recherchées afin de valoriser le savoir-faire, tel que l'instauration d'un mécanisme de labellisation ou la création d'un outil de consignation spécifique.

### 4.1. Les exemples en droit international et étranger

Il a été indiqué qu'en l'état actuel du droit français, la propriété intellectuelle n'a pas vocation à protéger directement le savoir-faire. Certes, cette protection peut parfois lui être accordée dans une certaine mesure et de façon indirecte notamment lorsqu'un savoir-faire est inclus dans une invention brevetable ou lorsqu'il est formalisé dans une œuvre originale protégée par le droit d'auteur. Mais cette protection demeure aléatoire et son périmètre est incertain et nécessite le recours à des outils de protection pratiques.

Le système juridique français n'est pas le seul à connaître cet écueil. Pour autant à l'échelle internationale, il existe un certain nombre de précédents de protection d'éléments assimilables au savoir-faire par la propriété intellectuelle ou un régime assimilé.

#### 4.1.1. En droit international

L'ADPIC<sup>57</sup>, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995 dans le cadre du traité de Marrakech de l'OMC, a pour objet de définir les règles minimales de protection de la propriété intellectuelle par les pays membres de l'OMC.

L'article 1.2 de cet accord prévoit que l'expression « *propriété intellectuelle* » désigne tous les secteurs de la propriété intellectuelle qui font l'objet des sections 1 à 7 de la partie II, incluant la section 7 portant sur « *la protection des renseignements non divulgués* ».

Cet accord précise par ailleurs que « *les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux* ». <sup>58</sup>

Cette stipulation établit une interdiction générale d'usurpation et d'usage d'informations, de renseignements confidentiels ou de techniques et procédés ayant une valeur commerciale, qui ne sont pas généralement connus dans un secteur ou sur un marché donné et qui ne sont pas aisément accessibles. En ce sens, les accords ADPIC opèrent un rapprochement entre la protection du savoir-faire et la protection du secret et imposent que les Etats signataires assurent leur protection au titre de la propriété intellectuelle.

---

<sup>57</sup> L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, en anglais, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS).

<sup>58</sup> Article 39§2 de la Section 7 Protection des renseignements non divulgués.

Or à ce jour le système français retient une conception très étroite de la notion de « *renseignement non divulgué* ». La loi française ne prévoit de qualification pénale qu'en ce qui concerne les secrets de fabrique et la protection de ces renseignements et informations au titre de la propriété intellectuelle ne peut être accordée que dans une certaine mesure et par ricochet lorsqu'ils sont attachés à une invention brevetable ou lorsqu'ils sont formalisés dans une œuvre originale protégée par le droit d'auteur.

#### 4.1.2. En droit local

La protection du savoir-faire a connu un remarquable essor dans plusieurs pays qui ont adapté des législations locales relativement uniformes au cours des années 90.

Au sein de l'Union européenne, seule la Suède dispose d'une loi spécifique dédiée à la protection du secret des affaires. Toutefois, d'autres Etats tels que l'Italie, présentent des dispositions particulières sur le secret des affaires au sein de leur code de la propriété intellectuelle.<sup>59</sup> Sur le plan international, les Etats-Unis (à l'instar de la Suède) ont adopté deux lois dédiées à la protection du secret des affaires tandis que le Japon sanctionne les atteintes qui lui sont portées au titre des actes de concurrence déloyale.<sup>60</sup>

##### L'exemple Italien

Au travers de la protection du secret, l'Italie offre une protection très forte du savoir-faire. Le vol du secret de fabrique y est pénalement sanctionné (Art. 513, 623 Codice Penale) et outre une protection civile et pénale, le Code de la propriété industrielle italien offre une protection au titre de la propriété intellectuelle des secrets de l'entreprise qui recouvre notamment le savoir-faire au sens large (Art. 98, 99 Codice della Proprietà Industriale).

Ainsi, la loi italienne<sup>61</sup> protège « toutes les informations relatives à l'entreprise et son expérience technico-industrielle, y compris commerciale, sous le contrôle légitime du titulaire, si ces informations :

- a) sont secrètes en ce sens qu'elles ne sont pas ensemble ou dans une configuration ou un assemblage précis, généralement connu ou facilement accessible à des experts et des professionnels du secteur ;
- b) ont une valeur économique parce qu'elles sont secrètes ;
- c) sont soumises à des mesures permettant de les conserver secrètes considérées comme raisonnablement suffisantes de la part du titulaire.

Sont également protégées les données résultant d'essais ou de recherches et d'autres données secrètes, ayant impliqué un engagement considérable et dont la présentation est liée à l'autorisation de commercialisation de produits chimiques, produits pharmaceutiques ou agricoles impliquant l'utilisation de substances chimiques nouvelles ».<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Final Study, April 2013, Prepared for the European Commission, p. 20.

<sup>60</sup> Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Final Study, April 2013, Prepared for the European Commission, p. 20.

CCI Paris, La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, Rapport présenté par Monsieur Jérôme Frantz et adopté à l'Assemblée générale du 11 septembre 2014, p. 9.

<sup>61</sup> Traduction non officielle.

<sup>62</sup> Article 99 du Code Italien de la Propriété Intellectuelle.

Cette définition est très proche de celle des accords ADPIC. La loi italienne précise en outre que les informations relatives à l'expérience commerciale de l'entreprise font l'objet d'une protection au titre de la propriété intellectuelle.

Un tel système permet d'offrir un régime juridique et une protection plus satisfaisante à des méthodes commerciales, de marketing ou des stratégies de communication qui dans le système français actuel ne sont ni appropriables, ni protégeables, mais qui peuvent pourtant représenter pour les entreprises des atouts majeurs face à leurs concurrents.

L'exemple Nord-Américain

Aux Etats-Unis, la quasi-totalité des Etats ont adopté le *Uniform Trade Secret Act* (UTSA) et la divulgation de secrets de fabrique ou de secrets commerciaux est un crime fédéral depuis l'*Economic Espionage Act* de 1996.

Ces textes instaurent de manière générale, la protection des « secrets d'affaires » (*Trade Secret*) à l'encontre de toute forme de captation par un tiers non autorisé, dès lors que cela est effectué sciemment et au mépris des droits du propriétaire légitime.

La définition du secret d'affaires en droit américain est également très large et recouvre toute information (sous quelque forme que ce soit) non publique et gardée secrète par son propriétaire, dès lors qu'elle représente une valeur économique (*Economic Espionage Act* §1839<sup>63</sup>).

La protection du secret des affaires aux Etats-Unis concerne donc aussi bien les informations financières, économiques ou commerciales que purement techniques et industrielles.

La violation de droits sur des informations couvertes par le secret des affaires est sanctionnée :

- Civilement, par l'octroi de dommages-intérêts prenant en compte les pertes subies mais également les profits injustement réalisés du fait de l'appropriation fautive de ces informations ;
- Pénalement, (i) pour les personnes physiques, par une peine maximale de dix ans de prison ou une amende de 500.000 Dollars (430.599,63 Euros)<sup>64</sup>, (ii) pour les personnes morales, par une amende de 10.000.000 de Dollars (8.612.683,73 Euros).<sup>65</sup>

Il est ainsi possible pour une entreprise de s'opposer à l'appropriation de toutes informations et de tout savoir-faire qui représenteraient pour elle un élément de valorisation dans un environnement concurrentiel sur le fondement de l'*Economic Espionage Act*.

---

<sup>63</sup> Article 1839 de l'*Economic Espionage Act* :

- (3) the term "trade secret" means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if– (A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and (B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, the public; and
- (4) the term "owner", with respect to a trade secret, means the person or entity in whom or in which rightful legal or equitable title to, or license in, the trade secret is reposed.

<sup>64</sup> Conversion au 15 janvier 2015.

<sup>65</sup> Conversion au 15 janvier 2015.

## L'exemple Japonais

A l'instar des Etats-Unis, le Japon accorde aux entreprises une forte protection de leur savoir-faire au travers de la notion de secret d'affaires.

Au terme de l'article 2.4 de la loi de protection contre la concurrence déloyale (不正競争防止法 *Fusei kyōsō bōshi-hō* – *Unfair Competition Prevention Act*) cette notion recouvre toutes les informations utiles à l'activité commerciale de l'entreprise, telles que les procédés de fabrication ou des méthodes commerciales ou marketing dès lors qu'elles ont été gardées secrètes et ne sont pas généralement connues par les hommes de l'art ou les acteurs du secteur considéré.

De la même manière que pour les systèmes juridiques étudiés ci-avant, la protection n'est pas conditionnée par la nature, le support ou les domaines d'application éventuels des informations ou du savoir-faire. Les conditions de cette protection tiennent uniquement à son caractère secret et à l'utilité ou la valeur que les informations représentent pour l'entreprise.

De fait, ce système permet aux entreprises d'obtenir une protection effective de toutes leurs données techniques, de leurs secrets de fabrication, de leurs recettes, des informations relatives à leurs clients ou de leurs méthodes commerciales mais également des résultats de toutes recherches ou expérimentations (même non concluantes) pour lesquelles des investissements auraient été engagés aux seules conditions que ces éléments soient utiles à l'activité et que l'entreprise ait mis en œuvre des moyens raisonnables pour en conserver le secret.

Au-delà de la condamnation au paiement de dommages-intérêts, la personne violant la protection conférée aux informations couvertes par le secret d'affaires pourra être sanctionnée par une peine maximale de dix ans de prison et 10.000.000 Yens (73.985,75 Euros)<sup>66</sup> pour les personnes physiques et 300.000.000 Yens (2.219.825,09 Euros)<sup>67</sup> pour les personnes morales.

## L'exemple suédois

Avec l'adoption de la loi 1990 : 409 du 31 mai 1990, la Suède est le seul pays européen à disposer d'une loi réprimant spécifiquement et exclusivement les atteintes au secret des affaires, et non uniquement le secret de fabrique. La loi fournit une définition de la notion de secret d'affaires et prévoit une protection civile ainsi qu'une protection pénale.

Relève ainsi du secret des affaires, toute information relative aux relations d'affaires ou aux conditions d'exploitation de l'entreprise qui est gardée secrète et dont la divulgation a pour objectif de causer un dommage au propriétaire de l'entreprise sur le plan concurrentiel.<sup>68</sup> Le terme « information » se comprend comme toute information formalisée, y compris les dessins et modèles ou toute autre technique similaire, ainsi que les connaissances d'un individu même non formalisées sur un support quelconque.<sup>69</sup>

Sur le plan pénal, la loi punit l'espionnage industriel, défini comme tout accès délibéré et sans autorisation à un secret d'affaires, d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement de deux ans (ou six ans en cas de manquement grave). La gravité s'apprécie notamment compte tenu de la dangerosité de l'acte ou de l'importance du

---

<sup>66</sup> Conversion au 15 janvier 2015.

<sup>67</sup> Conversion au 15 janvier 2015.

<sup>68</sup> Traduction non officielle.

<sup>69</sup> Article 1 de la loi Suédoise du 31 mai 1990.

dommage subi.<sup>70</sup> Est également sanctionnée d'une amende ou d'une peine de deux d'emprisonnement (quatre ans en cas de manquement grave), toute utilisation non autorisée d'une information relevant du secret d'affaires. La loi vise ainsi le bénéficiaire qui a obtenu l'information alors qu'il savait que celle-ci avait été précédemment obtenue par un acte relevant de l'espionnage industriel.

Sur le plan civil, la victime d'une atteinte au secret d'affaires peut demander l'application de mesures provisoires sous certaines conditions. La loi prévoit également la possibilité pour le juge de prononcer le versement de dommages intérêts, d'injonctions ainsi que la remise des informations au détenteur et/ou la destruction des produits en infraction.

S'agissant de l'étendue de la réparation du préjudice, les dommages-intérêts incluent les dommages subis découlant de l'infraction ainsi que la perte de profits, ces chefs de préjudice étant cumulatifs.<sup>71</sup>

## 4.2. *Evolution du droit français et européen*

### 4.2.1. Remarques liminaires sur la protection du savoir-faire par la propriété intellectuelle

Au regard des développements précédents, il est possible de dégager certaines pistes pour définir une protection du savoir-faire :

- La protection des informations et renseignements non divulgués pourrait être incluse dans le Code de la propriété intellectuelle dès lors qu'il pourrait être justifié par exemple de la réalisation d'investissements pour parvenir à leur compilation ou conception, par analogie avec le régime du droit sui generis reconnu au producteur de base de données, voire un véritable droit de propriété assimilable au droit d'auteur (cf. Annexe 1) ;
- Les informations protégeables pourraient être toutes les informations à caractère technique, industriel ou commercial, secrètes en ce sens qu'elles ne sont pas en elles même ou dans une configuration ou un assemblage précis, connues ou facilement accessibles à des hommes de l'art ;
- Ces informations devraient présenter une valeur économique qui repose notamment sur le fait qu'il s'agit d'informations secrètes qui confèrent un avantage concurrentiel à leur titulaire.

### 4.2.2. Les pistes d'évolution actuellement à l'étude

Ces dix dernières années, le législateur français a tenté à plusieurs reprises de proposer une définition du secret d'affaires, sous des dénominations différentes. Compte-tenu de la définition large donnée à la notion de secret des affaires par ces différents projets<sup>72</sup>, la protection du secret des affaires devrait également bénéficier au savoir-faire.

---

<sup>70</sup> Article 3 de la loi Suédoise du 31 mai 1990.

<sup>71</sup> Final Study précitée d'avril 2013, p.37.

<sup>72</sup> Voir paragraphe 2.1.

De 2004 à 2011, plusieurs propositions de lois avaient cherché à définir les informations à caractère économique. La définition proposée dans la dernière version de la proposition, en date du 13 janvier 2011 était la suivante<sup>73</sup> :

*« Sont qualifiées d'informations à caractère économique protégées, les informations ne constituant pas des connaissances générales librement accessibles par le public, ayant, directement ou indirectement, une valeur économique pour l'entreprise, et pour la protection desquelles leur détenteur légitime a mis en œuvre des mesures substantielles conformes aux lois et usages, en vue de les tenir secrètes. »*

Par la suite, cette proposition de loi a évolué et a visé à sanctionner la violation du secret des affaires<sup>74</sup>, la définition suivante avait alors été proposée :

*« Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci ».*

Aujourd'hui, cette proposition n'a pas été votée et un nouveau projet de loi a été présenté très récemment, le 16 juillet 2014.

La nouvelle proposition de loi relative à la protection du secret des affaires définit le secret des affaires en prévoyant trois conditions cumulatives :

« Est protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information :

- 1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;
- 2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ;
- 3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public. »

Cette définition s'inspire de la définition retenue entre temps par la proposition de Directive Européenne<sup>75</sup> actuellement en cours de négociation entre le Parlement et le Conseil de

---

<sup>73</sup> Proposition de loi n° 3103 relative à la protection des informations économiques en date du 13 janvier 2011 (M. le Député Bernard Carayon).

<sup>74</sup> Proposition de loi de M. le Député Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires n° 3985 déposée le 22 novembre 2011, modifiée et adoptée en 1<sup>ère</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012.

<sup>75</sup> Projet de Directive de la Commission européen 2013/0402(COD) sur la Protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

l'UE.<sup>76</sup> Ce projet de directive découle du constat établi par la Commission européenne, sur le fondement de plusieurs études publiées en 2012 et 2013, selon lequel (i) les secrets d'affaires sont essentiels pour le développement de l'innovation et de la compétitivité de l'entreprise mais font de plus en plus l'objet de techniques d'appropriation illicites (vol, espionnage, etc.) ; et (ii) l'existence d'une protection juridique fragmentée et insuffisante au sein de l'Union européenne nuit au développement d'un marché unique de la propriété intellectuelle.

La proposition de Directive a donc pour objectif d'harmoniser les législations des Etats Membres concernant l'obtention, la divulgation et l'utilisation illicites de secrets d'affaires ainsi que les mesures, procédures et réparations à mettre en place aux fins des recours civils en la matière.

A cet effet, elle apporte notamment une définition des notions suivantes :

- «Secret d'affaires» : informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :
  - d) 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 ;
  - e) Elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;
  - f) 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 ;
- «Détenteur de secret d'affaires» : toute personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un secret d'affaires ;
- «Contrevenant» : toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d'affaires de façon illicite ;
- «Produits en infraction» : 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.

En l'état actuel des textes, les projets européen et français demeurent assez similaires. Toutefois, il a été souligné que la proposition française apportait des précisions supplémentaires pour certaines notions juridiques et comportait également un volet pénal.<sup>77</sup>

#### 4.2.3. Analyse de la proposition de loi du 16 juillet 2014 relative à la protection du secret des affaires

Le 16 juillet 2014, une proposition de loi relative à la protection du secret des affaires a été enregistrée à l'Assemblée Nationale et renvoyée à la Commission des lois.

---

<sup>76</sup> Le Conseil de l'Union européenne a adopté ses recommandations le 26 mai 2014. Le texte ainsi amendé devrait être examiné par le Parlement en séance plénière le 28 avril 2015 ([http : //www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0402\(COD\)&l=fr](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0402(COD)&l=fr))

<sup>77</sup> D. Bastien, Etude sur les projets réglementaires de protection du secret des affaires, 11 septembre 2014, access in [http : //www.cabinetbastien.fr/publication-19666-etude-sur-les-projets-reglementaires-de-protection-du-secret-des-affaires.html](http://www.cabinetbastien.fr/publication-19666-etude-sur-les-projets-reglementaires-de-protection-du-secret-des-affaires.html)

La proposition a un temps été insérée via amendement au sein du projet de loi dit « Macron » sur la croissance, l'activité, et l'égalité des chances économiques en cours d'examen.

Le volet relatif au secret d'affaires a cependant depuis lors été retiré de ce projet de loi à la suite de critiques émises principalement par le monde de la presse craignant que le texte restreigne la faculté de révélation des scandales économiques par les journalistes et lanceurs d'alerte.

La proposition de loi sur le secret d'affaires a donc repris son autonomie et son adoption devra à nouveau être débattue à compter de l'été 2015.

Cette proposition de loi définit le champ de la protection du savoir-faire au sein du code de commerce (article L.151 du code de commerce dans la proposition de loi) et prévoit qu'est protégée au titre du secret des affaires, « *indépendamment de son incorporation à un support, toute information :*

*1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;*

*2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ;*

*3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public. »*

La loi définit ainsi les trois conditions cumulatives suivantes :

- L'information ne doit pas être publique, c'est-à-dire qu'elle n'est pas connue des concurrents/ spécialistes du domaine d'activité concernée ;
- L'information doit revêtir une valeur économique du fait de son caractère non public couplé à son potentiel scientifique, commercial, stratégique, etc. ;
- Enfin, l'information doit faire l'objet de mesures de protection raisonnables « compte tenu de sa valeur économique et des circonstances », ce qui suppose que le titulaire a mis en place des moyens de protections juridiques et/ ou techniques et organisationnels proportionnés afin de préserver le caractère non publique de ladite information.

Cette définition reprend les critères proposés dans les Accords ADPIC (article 39-2) et coïncide avec celle retenue également par la Directive Européenne du 28 novembre 2013.

La proposition de loi instaure également un régime de responsabilité civile et un régime de responsabilité pénale :

1. Responsabilité civile en prévoyant que toute atteinte au secret des affaires définie aux deux alinéas (ci-dessous) engage la responsabilité civile de leur auteur :

« Nul ne peut obtenir une information protégée au titre du secret des affaires en violation des mesures de protection prises pour en conserver le caractère non public, ni utiliser ou communiquer l'information ainsi obtenue.

Nul ne peut non plus utiliser ni communiquer une information protégée au titre du secret des affaires, sans le consentement de son détenteur duquel il l'a obtenue, de façon licite, directement ou indirectement. » (Article L.151-2 du code de commerce – selon proposition)

S'agissant de ce régime de responsabilité civile, la proposition de loi prévoit également :

- Des mesures provisoires et conservatoires pendant la procédure d'une action sur ce fondement (ces mesures n'ont pas de caractère limitatif) (articles L. 151-3 et L.151-4 du Code de commerce – selon proposition) ;
- Les mesures que peut prononcer le tribunal à titre de réparation (article L. 151-5 du Code de commerce – selon proposition) :
  - Le projet définit le préjudice pouvant fonder l'octroi de dommages et intérêts : « les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner et la perte, subies par la personne lésée du fait de l'atteinte, ainsi que le préjudice moral qui lui a été causé par celle-ci » ;
  - Le projet propose une méthode de détermination des dommages et intérêts : « Lorsque l'auteur de l'atteinte avait connaissance du secret des affaires ou qu'il ne pouvait raisonnablement en ignorer l'existence, et qu'il a réalisé, du fait de cette atteinte, des économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels ou retiré des bénéfices, y compris des avantages concurrentiels, commerciaux ou financiers, qui excèdent le montant des dommages et intérêts évalués en application du premier alinéa, le tribunal détermine les dommages et intérêts en considération de ces économies ou bénéfices, dans la limite de leur montant total. » ;
  - Le projet prévoit que le tribunal peut ordonner des mesures de publicité du jugement.

La proposition prévoit que ce régime s'appliquerait dès lors que l'obtention, l'utilisation ou la révélation du secret des affaires a eu lieu ou risque de se produire en France et ne permet par conséquent pas de prévoir, au sein des contrats, l'application d'une loi étrangère sur ce point.

La proposition prévoit enfin des règles relatives à la production de preuves lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte au secret des affaires afin de pallier le risque de divulgation d'un savoir-faire (ou d'obtention d'informations) lors des procédures classiques. Le tribunal peut ainsi interdire ou limiter la production de telles pièces, ou prévoir leur mise à disposition des parties par une consultation « sur place » et « sans reproduction ». Néanmoins, ces règles ne s'appliqueraient pas au cas où la production intégrale d'une pièce est nécessaire à l'exercice du droit à un procès équitable.

## 2. Responsabilité pénale (articles L.151-8 et L.151-9 du Code de commerce – selon proposition)

La proposition prévoit que le fait de prendre connaissance, de révéler ou de détourner un secret d'affaires serait puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende et précise que la tentative de ce délit est punie des mêmes peines.

Le texte prévoit une circonstance aggravante spécifique en cas d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France (7 ans d'emprisonnement et 750.000 euros d'amende).

Des peines complémentaires sont également prévues :

- « 1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal » ;
- « 2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une

société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement » ;

- « 3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21 du code pénal, de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution. »

La loi prévoit des peines applicables aux personnes morales en faisant référence aux articles 131-38 et 131-39 du code pénal.

Le texte prévoit cependant des exclusions en précisant que l'article L. 151-8 n'est pas applicable :

- « 1° Dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret » ;
- « 2° À celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance » : il est ici notamment fait référence aux journalistes et lanceurs d'alerte dans l'exposé des motifs de la loi ;
- « 3° Sous réserve des dispositions de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, aux autorités juridictionnelles ou administratives compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction ».

#### 4.2.4. Avantages et limites de ces propositions

- Avantages
  - Une définition large appréhendant, au-delà des seules informations techniques, « un potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur », ce qui permet de couvrir potentiellement tout type de savoir-faire ;
  - Un mode de protection inspiré du droit des bases des données avec la prise en compte des investissements réalisés pour la protection du secret et l'absence de nécessité d'un dépôt ;
  - Un régime de responsabilité inspiré de celui applicable en matière de contrefaçon, et donc protecteur des intérêts du titulaire, notamment en termes de réparation ;
  - La prise en compte du caractère secret particulier du savoir-faire dans le cadre de la procédure afin de limiter les risques de divulgation du savoir-faire dans le cadre de la production des éléments de preuve.
- Limites apparentes de la proposition de loi
  - La définition des différents critères de protection reste à ce jour à préciser, notamment la valeur économique du savoir-faire considéré. De la même façon, la preuve de la mise en place des moyens de protection « raisonnables » pourrait être difficile à rapporter, de la même façon que le producteur de bases de données connaît aujourd'hui des difficultés pour démontrer la réalité et l'importance de ses investissements matériels, financiers et humains. Le projet de loi pourrait notamment établir une liste de critères à prendre en compte afin d'aider le juge dans son appréciation. Enfin, il faut s'attendre à ce que la notion d'« *information connue et accessible* » fasse également l'objet de

débats d'interprétation difficiles, comme c'est déjà le cas aux Etats Unis, la loi issue des accords ADPIC adoptée dans ce pays comprenant une notion similaire<sup>78</sup>.

- L'identification du savoir-faire et la détermination de son contenu seront délicates en l'absence de procédure de dépôt / consignation de celui-ci.
- Or, le principe de réparation intégrale suppose que l'entreprise victime soit non seulement capable d'identifier le savoir-faire détourné mais également la part de ce savoir-faire dans le chiffre d'affaires réalisé ou réalisable (gain manqué/ perte subie), ce qui sera probablement difficile et en tout cas sujet à contestations.
- De la même façon, il pourra être particulièrement difficile d'identifier la valeur d'un savoir-faire fondamental qui n'a fait l'objet d'aucune exploitation commerciale en tant que telle et qui se situe par exemple en amont d'un process de fabrication (analyses en laboratoire, etc.).
- La loi semble instaurer une forme de responsabilité sans faute dans le cas où une personne utiliserait ou communiquerait une information protégée au titre du secret des affaires sans nécessairement le savoir, ce qui pourrait entraîner des abus. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles le texte dans sa rédaction actuelle a fait l'objet de vives contestations de la part du monde de la presse.
- La loi ne précise pas suffisamment le sort d'une information potentiellement protégeable en tant que savoir-faire et qui aurait fait l'objet d'une première divulgation frauduleuse (par exemple, cette première divulgation fait-elle perdre à l'information concernée le bénéfice de la protection ?).
- Les modalités de réparation du préjudice subi par le détenteur du savoir-faire reviennent à une réparation ponctuelle de la victime qui (i) ne comblera probablement pas le manque à gagner résultant de la perte de la position stratégique, (ii) ne permet pas au détenteur du savoir-faire divulgué de retrouver le positionnement stratégique qu'il avait obtenu sur le marché obtenu du fait du caractère secret de son savoir-faire sur le marché. Dans ce contexte, la victime peut être tentée de privilégier le recours à une procédure de règlement amiable du litige afin de limiter les conséquences d'une fuite d'informations confidentielles sur le marché et organiser une éventuelle coexistence sur un même marché entre le détenteur du savoir-faire victime et l'auteur du détournement compte tenu du nouveau savoir obtenu par ce dernier. A l'inverse, avec la délivrance d'un titre de propriété, comme en matière de propriété intellectuelle, l'entreprise pourra plus simplement empêcher l'utilisation du savoir-faire ;
- En dépit de la prise en compte du caractère secret du savoir-faire dans la procédure, il est probable que les entreprises hésitent en pratique à engager une telle procédure publique au risque d'aggraver le détournement subi si leur secret d'affaires est ébruité dans ce contexte.
- De la même façon, l'action qui suit la divulgation frauduleuse du savoir-faire doit aboutir à une véritable réparation qui permette de tenir compte de la perte d'une position concurrentielle, sans quoi le détenteur du savoir-faire ne sera pas enclin à faire appel aux nouveaux mécanismes mis en place.
- A l'inverse, il est possible qu'une telle action en réparation puisse également être menée de mauvaise foi par exemple pour obtenir indirectement des informations stratégiques sur un concurrent dans le cadre de la procédure, le défendeur devant nécessairement en divulguer certaines dans le cadre de sa défense.

---

<sup>78</sup> Seven Circuit Review, vol 3, issue 2008 p707.

- La procédure restera inadaptée à une action à l'étranger ou vis-à-vis d'un partenaire étranger, ce qui correspond pourtant aux occurrences de risques de détournement les plus fortes pour les entreprises.
- Le système restera source d'insécurité pour les tiers dans la mesure où, par définition et par principe, le savoir-faire restera secret. A la différence des brevets par exemple, il ne sera donc pas possible d'effectuer une recherche d'antériorités afin de vérifier que l'on ne porte pas atteinte à un savoir-faire protégé.
- Enfin, certains praticiens<sup>79</sup> constatent que ce projet de loi fait l'impasse de la question délicate des créations de salariés qui devra pourtant être tranchée. En effet, le savoir-faire qui peut être revendiqué par une société naît nécessairement des créations de ses associés ou salariés. Le texte définitif devra le cas échéant déterminer quelles peuvent être les modalités d'attribution à une société d'une innovation développée au sein de ses effectifs, à l'instar de ce qui existe en matière de brevet ou de logiciel.

### 4.3. Pistes alternatives de protection et de valorisation du savoir-faire

Outre la nécessité de prévenir et de réparer toute divulgation du savoir-faire, les différentes limites et difficultés constatées précédemment soulignent l'importance de créer de véritables outils de valorisation du savoir-faire.

Ces deux exigences pourraient être mises en œuvre via, par exemple, la création d'un label ou d'un outil de consignation et venir ainsi compléter l'évolution du cadre du juridique.

#### 4.3.1. Piste 1 : Création d'un référentiel (label)

Au-delà de la simple protection du savoir-faire contre les détournements, la valorisation de ce dernier est également un enjeu pour les entreprises. Or, le caractère secret intrinsèque au savoir-faire rend difficile une telle valorisation auprès de partenaires, investisseurs, etc., contrairement à un titre de propriété industrielle tel qu'un brevet, ou un actif non secret protégé par exemple par un droit d'auteur.

Une telle valorisation pourrait être facilitée par la délivrance d'un label qui attesterait du respect d'un cahier des charges requérant par exemple la réalisation d'investissements matériels, humains, financiers ayant abouti à la conception d'incorporels valorisables et valorisés.

Cette approche permettrait de protéger et promouvoir le savoir-faire indépendamment de son caractère secret ou non. Le fait de respecter un label donné serait un gage de qualité du savoir-faire concerné, et donc potentiellement de valeur économique de celui-ci.

Un tel label se traduirait par un cahier des charges à respecter, auditable et contrôlable, par exemple dans le cadre d'un mécanisme de certification, par des tiers indépendants, soumis au secret, ce qui permettrait notamment de valoriser cet actif au sein des entreprises, afin de renforcer leur image et leur valeur globale notamment dans le cadre de partenariats sur des secteurs innovants, de projets de cession/ transmission ou de demandes de financement.

---

<sup>79</sup> Thibault du Manoir de Juaye in Lamy Droit de l'immatériel numéro 108 Octobre 2014 p.62.

Le Code de la consommation<sup>80</sup> encadre les dispositifs de labellisation et de certification réglementés. Il soumet les certificats de conformité à des règles préétablies dans un cahier des charges et garantissant un niveau de qualité supérieur. Il existe ainsi des labels contrôlés par l'autorité publique qui sont créés par voie légale ou réglementaire ou lors de comités interministériels. A ce jour ces derniers ne sont cependant pas adaptés à tous types de savoir-faire et notamment ne tiennent pas compte du caractère secret qui doit être préservé.

Il serait également possible d'envisager que le savoir-faire soit valorisé via des dispositifs d'adhésion à des normes contractuelles de type ISO ou AFNOR.

A cet égard, l'AFNOR propose déjà un certain nombre de guides de bonnes pratiques intéressant la protection des données sensibles (par exemple, Guide sur la protection des informations sensibles, notamment les Recommandations pour les postes de travail informatiques<sup>81</sup> et surtout le récent Référentiel de bonnes pratiques sur la prévention et gestion de la fuite d'informations : protection du patrimoine informationnel).<sup>82</sup>

Toutefois, ces recueils de bonnes pratiques ne sont pas des normes soumises à une procédure d'homologation. Leur application par les organismes demeure volontaire et ne permet pas d'obtenir une certification. Par conséquent, ils ne présentent qu'un intérêt limité en termes de valorisation du savoir-faire et ne font que compléter les bonnes pratiques déjà développées par les entreprises. Le respect de ces recommandations ne permettra pas aux entreprises de disposer d'un label attestant de la valeur intrinsèque du savoir-faire.

Ces guides fournissent néanmoins de premières pistes pour l'élaboration d'un référentiel. En particulier, le nouveau guide des bonnes pratiques publié en décembre 2014 par l'AFNOR fournit aux entreprises un certain nombre de mesures techniques et organisationnelles afin d'identifier, surveiller et protéger les informations stratégiques d'une organisation (i.e., les éléments incorporels ayant une valeur positive pour l'entreprise). A cet effet, il présente une grille d'analyse des principaux domaines dans lesquels des mesures de prévention et de gestion des informations doivent être mises en place (facteur humain, concepts et grands principes d'une mise en place d'une politique de perte/fuite de données, les étapes de sa mise en œuvre, la gestion de la fuite, etc.).

S'agissant plus particulièrement de la proposition de loi sur la protection du secret d'affaires, le guide recommande d'ores et déjà de « désigner un responsable en charge de la protection des données » et de « mettre en place des politiques/procédures/mesures de protection des données ».

---

<sup>80</sup> L'article L 115-27 du Code de la consommation définit l'activité de certification comme l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur, du prestataire ou du client, atteste qu'un produit, un service ou une combinaison de produits et de services est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification.

L'article L 115-29 du même code dispose que les dispositions relatives aux activités de certification ne s'appliquent pas à « la délivrance des poinçons, estampilles, visas, certificats d'homologation, marques collectives ou attestations de conformité aux dispositions communautaires par l'autorité publique ou par des organismes désignés à cet effet et soumis à un contrôle technique ou administratif de l'autorité publique en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ».

<sup>81</sup> Guide AFNOR Z74-200, Technologies de l'information, Protection des informations sensibles ne relevant pas du secret défense : Recommandations pour les postes de travail informatique, Septembre 1992.

<sup>82</sup> Guide de bonnes pratiques AFNOR BP Z90-001 « Prévention et gestion de la fuite d'informations - protection du patrimoine informationnel », Décembre 2014.

Dans une logique de valorisation du savoir-faire, un label s'inspirant de ces guides pourrait être créé. Il devrait permettre une véritable certification permettant d'attester de la valeur du savoir-faire protégé et qui serait délivrée à l'issue d'une procédure de contrôle de la conformité opérée par un organisme indépendant. Le respect de ces procédures de certification et/ou de normes pourrait à la fois fonder la reconnaissance d'un droit privatif (et constituer une preuve suffisante dans le cadre d'une action sur le fondement de la concurrence déloyale ou de la nouvelle loi sur le savoir-faire) et justifier une valorisation au sein des actifs de l'entreprise.

Cette approche pourrait également contribuer à encourager le développement de politiques de licence portant sur le savoir-faire ainsi valorisé.

La licence de savoir-faire est déjà une pratique contractuelle répandue mais nécessite une délimitation précise du savoir-faire concédé, ce qui serait facilité en cas de labélisation de ce dernier. La licence de savoir-faire est en outre un artifice juridique dans la mesure où, on l'a vu, il n'existe pas à proprement parler de propriété sur le savoir-faire.

L'instauration de ce type de labels comporte néanmoins quelques contreparties et inconvénients liés au coût de ces procédures.

L'obtention d'une certification représente en effet un investissement important pour une entreprise, qui ne peut être amorti que si ladite certification permet de valoriser un savoir-faire auprès de partenaires ou clients. Or, ces derniers privilégieront parfois les solutions techniques les moins chères dès lors qu'elles répondent de façon minimale à leur cahier des charges, sans nécessairement tenir compte des certifications dont pourront bénéficier certaines sociétés.

Proposition de Loi (incertitudes)	Label (illustration avec la norme AFNOR BPZ90-001)	
	Intérêts	Limites
Critères de qualification	Démonstration des mesures de protection raisonnables  Le cas échéant meilleure Identification d'un savoir-faire	Contenu même du savoir-faire non déterminé à ce jour (le label ne permet que de constater l'existence de mesures de protection d'une valeur économique mais pas le caractère substantiel de ladite valeur)
Preuve d'un détournement d'informations non publiques	Preuve facilitée si une violation d'une mesure de protection mise en place par le label peut être identifiée  Détournement limité (caractère préventif et dissuasif)	Preuve du contenu réel du savoir-faire détourné (le contenu des informations demeure inconnu)
Evaluation du préjudice	Valeur économique identifiée (évaluation par exemple en considération des mesures de protection instaurées)	Valeur économique non directement déterminée tant que le contenu du savoir-faire demeure inconnu  Les problèmes de la détermination de la part de savoir-faire dans le produit final et de la perte de la place stratégique demeurent
Protection de la confidentialité dans la procédure	Confidentialité préservée (tout en facilitant l'identification et la valorisation du savoir-faire)	N/A

#### 4.3.2. Piste 2 : Création d'un nouvel outil de consignation

Dans une logique similaire au label, il peut être envisagé la création d'un outil de consignation propre au savoir-faire, à mi-chemin entre l'enveloppe Soleau, limitée à un contenu de 7 pages maximum et le séquestre de codes sources auprès d'un organisme tel que l'Agence pour la Protection des Programmes (APP), réservé aux logiciels.

Cet outil devrait garantir un niveau de secret au moins équivalent à celui de l'enveloppe Soleau, sans possibilité d'accès par une autre personne que le titulaire du savoir-faire (contrairement au dépôt des codes sources qui le prévoit normalement dans certains cas) tout en bénéficiant de la souplesse du dépôt APP qui permet des mises à jour régulières en cas d'évolution des éléments déposés.

Cela permettrait de consigner la preuve d'une antériorité sur un savoir-faire et ainsi bénéficier d'éléments de preuves suffisant en cas d'action en justice, tout en limitant les risques de divulgation du secret inhérents à la documentation détaillée d'un savoir-faire (process book).

#### 4.3.3. Piste 3 : Création d'un standard international d'accord de confidentialité

Indépendamment de l'adoption de lois sur la protection du savoir-faire, la conclusion d'accords de confidentialité (ou « NDA ») restera, comme nous l'avons, vu une bonne pratique afin de se prémunir contre les risques d'atteinte à un savoir-faire ou secret d'affaires.

Or, la plupart des entreprises rencontrées font état de difficultés relatives à la contractualisation de ce type d'accord avec leurs partenaires, et notamment des incertitudes sur la validité de certaines clauses, en particulier, les clauses pénales / de « liquidated damages », en fonction du droit applicable à l'accord.

La création d'un standard de NDA international uniformisé à l'image d'un label, ou adopté via les mécanismes du droit international, par exemple via l'adhésion d'états à une convention multipartite, permettrait une meilleure intégration de ces pratiques contractuelles dans les pays signataires.

En premier lieu, cela limiterait les risques de remise en cause de ces accords pour des motifs d'ordre public national. En effet, dans l'hypothèse où un état adhérerait à ce standard contractuel, cela devrait valoir reconnaissance de sa validité en droit local.

Par ailleurs, même si la négociation des termes mêmes de l'accord (notamment le périmètre des obligations des parties à l'accord, les montants d'indemnités, etc.) resterait soumis au poids respectif desdites parties dans l'accord, l'existence d'un standard approuvé par tous permettrait éventuellement de maintenir plus facilement un équilibre entre les partenaires à cet égard.

#### 4.3.4. Piste 4 : Création d'un fonds de soutien des entreprises innovantes notamment dans le cadre de procédures contentieuses

Une dernière piste issue des entretiens avec les entreprises repose sur le constat selon lequel, même si les entreprises innovantes peuvent disposer des moyens juridiques nécessaires pour défendre leur savoir-faire (existence d'une loi sur la protection du savoir-faire, de titres de propriété intellectuelle, d'accords de confidentialité, etc.), les plus modestes d'entre elles (notamment les startups) manquent souvent des ressources financières pour mener à bien les procédures judiciaires et ainsi faire valoir leurs droits. Cela les amène souvent à renoncer à toute action, et donc à laisser le détournement s'opérer en toute impunité.

La création d'un fonds autonome permettant aux entreprises de bénéficier d'une avance financière leur permettant d'agir en justice, cette avance devant être remboursée une fois l'indemnisation obtenue, permettrait d'inciter les entreprises à faire usage des moyens de protection juridiques dans un cadre judiciaire, et donc également de dissuader les contrevenants.

L'éligibilité à ce fonds pourrait le cas échéant nécessiter la présentation d'un dossier tenant compte des chances de succès de l'action. La question du financement d'un tel fonds resterait cependant à définir.

## En synthèse

Les différentes législations analysées fournissent des pistes intéressantes de régime de protection du savoir-faire. De manière générale, celle-ci intervient (i) soit au titre de la propriété intellectuelle (Italie : via la protection du secret), soit dans le cadre de régimes plus généraux (Japon : via les actes de concurrence déloyale), soit dans le cadre d'une législation spécifique dédiée à la protection du secret des affaires (Suède et Etats-Unis).

Cette protection peut être civile (attribution de dommages-intérêts), ou pénale (amende et/ou peine d'emprisonnement à l'encontre de l'auteur de l'infraction).

Actuellement, plusieurs pistes d'évolution de protection du savoir-faire par la propriété industrielle sont à l'étude. En France, la dernière proposition de loi en date du 16 juillet 2014. Intégrée sous la forme d'un amendement au projet de loi Macron par la suite retiré, cette proposition de loi devrait à nouveau être débattue à compter de l'été 2015. Elle établit une définition du secret des affaires qui s'inspire fortement de la proposition de directive. Le secret des affaires implique la réunion de trois conditions cumulatives. Il s'agit (i) de toute information non publique (i.e., non connue ou aisément accessible), (ii) ayant une véritable valeur économique pour l'entreprise et (iii) faisant l'objet de mesures de protection raisonnables.

La proposition de loi française prévoit un régime de responsabilité civile permettant l'octroi de mesures provisoires, conservatoires ainsi que des dommages-intérêts dont les modalités de calcul sont d'ores et déjà précisées. Elle prévoit également un régime de responsabilité pénale en sanctionnant la prise de connaissance, la révélation, la divulgation et le détournement du secret d'affaires.

Ce nouveau régime de protection présente de nombreux avantages (définition large du secret d'affaire qui permet de couvrir tout type de savoir-faire ; absence de toute formalité de dépôt préalable ; prise en compte de l'investissement réalisé, etc.). En outre, les règles de procédure établies préservent la confidentialité du savoir-faire.

Néanmoins, les critères de protection restent à préciser, en particulier afin de déterminer la valeur économique du savoir-faire ainsi que l'appréciation des moyens de protection raisonnables évoqués par le texte. A cet égard, des critères minimum pourraient être définis. Par ailleurs, la proposition de loi n'aborde pas certains points importants tels que la possibilité de protéger le savoir-faire qui a fait l'objet d'une première divulgation frauduleuse ou le sujet de la création de salariés. En outre, le régime proposé demeure limité à une réparation ponctuelle du préjudice subi qui ne permet pas au détenteur du savoir-faire de conserver sa place stratégique sur le marché à la suite d'une première divulgation frauduleuse, les modalités de calcul de la réparation sont incertaines compte tenu des difficultés liées à la définition du savoir-faire et de sa valeur commerciale et l'application de ce régime dans un contexte international pose question.

Ces limites conduisent à envisager d'autres pistes de protection, notamment pour renforcer la valorisation du savoir-faire. Une première piste consiste en la création d'un référentiel (label) qui faciliterait la valorisation du savoir-faire. Ce label serait délivré conformément à un cahier des charges et/ou par l'adhésion à une norme type ISO ou AFNOR. Les conditions d'obtention du label pourraient d'ailleurs s'inspirer des guides de bonnes pratiques développés par l'AFNOR (notamment le guide de décembre 2014 sur la « Prévention et

gestion de la fuite d'informations - protection du patrimoine informationnel »). D'autres pistes de réflexion peuvent être la création d'un outil de consignation, d'un standard international de NDA ou la création d'un fonds de soutien financier permettant aux entreprises de mener leurs actions en justice lorsqu'elles sont certaines ou quasi-certaines d'être dans leur droit.

Ces solutions permettraient d'encourager la conclusion de licences de savoir-faire et fourniraient aux entreprises un moyen de faire valoir leur savoir-faire auprès d'organismes de financement ou auprès de partenaires ou de clients potentiels.

## 5. Conclusion générale

Comme nous avons pu le constater dans le cadre de cette étude, les notions de savoir-faire et de secret d'affaires sont assez difficiles à appréhender dès lors que les immatériels qu'elles désignent sont à la fois diffus et composites.

Il semble qu'il en aille de même de leur protection et de leur valorisation. A l'issue de cette étude, il apparaît en effet qu'aucune solution juridique autonome ne permette d'appréhender le savoir-faire dans toutes ses dimensions, afin à la fois de permettre à une entreprise de le monétiser auprès de ses partenaires ou investisseurs, d'en prévenir les détournements par des tiers ou concurrents, et d'être indemnisée en justice en cas de détournement avéré.

L'adoption de la nouvelle loi sur la protection du secret d'affaires et plus généralement du régime de protection éponyme en Europe aura certainement un effet vertueux sur la prise en compte de cette catégorie d'actif dans les relations d'affaires et sur sa protection in fine. Néanmoins, ce texte connaît plusieurs limites déjà évoquées et propres à la nature diffuse du savoir-faire : difficultés d'identification, de prévention des détournements, d'obtention d'une réparation intégrale, etc.

Ces limites rendent l'application pratique de cette loi incertaine, en particulier dans un contexte international. Par ailleurs, ces limites révèlent que les pratiques contractuelles, organisationnelles et techniques des entreprises en matière de savoir-faire devront non seulement être maintenues, mais encore évoluer au même titre que la loi évolue sur la question afin d'appréhender le savoir-faire dans sa globalité, dans toute sa complexité, de le protéger et de le valoriser en tant qu'actif stratégique de l'entreprise.

Les différentes pistes présentées telles que la labélisation, les outils de consignation ou les standards contractuels seront probablement de nature à donner aux entreprises les moyens de répondre à ces enjeux.

## 6. Annexes

### 6.1. Annexe 1 : Rappel des régimes de protection du CPI

En France, la propriété intellectuelle protège un certain nombre d'actifs immatériels répondant à des conditions définies par le législateur ou par la jurisprudence (par exemple concernant le droit d'auteur) et confère au titulaire de ces actifs un monopole d'exploitation.

Ce monopole d'exploitation se traduit d'une part (i) par la possibilité pour le titulaire de l'actif concerné d'en disposer librement ou de consentir à des tiers la possibilité de l'exploiter, et de manière sécurisée, et d'autre part (ii) par des mécanismes de défense particulièrement encadrés et le plus souvent, efficaces.

Les actifs protégés par le Code de la propriété intellectuelle sont :

- Le droit d'auteur reconnu aux auteurs d'œuvres de l'esprit répondant à la condition de l'originalité. L'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle (ci-après « CPI ») en fournit une liste illustrative (et non exhaustive) et la jurisprudence a considérablement enrichi cette liste en érigeant le critère de l'originalité de la forme de la création en condition de protection de celle-ci par le droit d'auteur.

*Article L.112-2 du CPI :*

*« Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :*

*1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;*

*2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;*

*3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;*

*4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;*

*5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;*

*6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;*

*7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;*

*8° Les œuvres graphiques et typographiques ;*

*9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;*

*10° Les œuvres des arts appliqués ;*

*11° Les illustrations, les cartes géographiques ;*

*12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;*

*13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;*

*14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure (...) »*

- Les droits voisins du droit d'auteur reconnus aux artistes-interprètes, aux producteurs de phonogrammes, aux producteurs de vidéogrammes et aux entreprises de communication audiovisuelle (Articles L.211-1 et suivants du CPI).
- Le droit sui generis reconnu aux producteurs de bases de données et portant sur le contenu des bases de données (Article L.341-1 du CPI).
- Les dessins et modèles protégeant l'apparence d'un produit (ou d'une partie de produit), répondant à la condition de nouveauté et présentant un caractère propre (Articles L.511-1 et suivants du CPI).
- Les brevets d'invention protégeant les inventions répondant aux conditions de nouveauté, susceptibles d'application industrielle et impliquant une activité inventive, les certificats d'utilité et certificats complémentaires de protection rattachés à un brevet (Articles L.611-1 et suivants du CPI).
- Certaines connaissances techniques (secret de fabrique (Article L.621-1 du CPI), topographies de semi-conducteurs (Articles L.622-1 et suivants du CPI).
- Les obtentions végétales (Articles L.623-25 et suivants du CPI).
- Les marques répondant aux conditions de validité (la marque doit être susceptible de représentation graphique, distinctive et licite) et de disponibilité (Articles L.711-1 et suivants du CPI).
- Les indications géographiques (pouvant être homologuées).

## 6.2. Annexe 2 : Tableau récapitulatif des régimes de protection

Modes de protection	Avantages	Inconvénients	Précautions
<b>Brevets (art. L. 611-1 et suiv. du CPI)</b>			
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Protège les inventions nouvelles (non divulguées au public)</li> <li>✓ Protège les inventions susceptibles d'application industrielle</li> <li>✓ Protège les inventions qui impliquent une activité inventive</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Monopole d'exploitation en France pendant 20 ans à compter du dépôt</li> <li>✓ Moyen efficace de dissuasion pour éviter les procédures judiciaires</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Divulcation de l'invention (le procédé de fabrication/invention devient accessible au public)</li> <li>✓ Coût du dépôt (en France environ 600-1000 €)</li> <li>✓ Lourdeur du procédé au regard de la durée d'exploitation de certaines innovations (obsolescence technique)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Vérifier l'état de la technique et garder le secret sur l'invention</li> </ul>
<b>Droit des dessins et modèles (art. L. 511-1 et suiv. du CPI)</b>			
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Protège les créations qui ont un caractère propre</li> <li>✓ Ne protège pas les créations dont la forme est exclusivement imposée par la fonction technique du produit auquel elles se rapportent</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Monopole d'exploitation en France pendant 5 ans renouvelable jusqu'à max. 25 ans</li> <li>✓ Moyen efficace de dissuasion pour éviter les procédures judiciaires</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Divulcation du dessin ou modèle</li> <li>✓ Coût du dépôt (en France environ 100-300 €)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ S'assurer que les dessins et modèles sont valables</li> </ul>
<b>Droits d'auteur (art. L. 112-1 et suiv. du CPI)</b>			
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Protège les œuvres littéraires, les créations musicales, graphiques et plastiques, mais aussi les logiciels, etc.</li> <li>✓ Ne protège pas les idées ou les concepts</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Le droit d'auteur s'acquiert sans formalités, du fait même de la création de l'œuvre</li> <li>✓ Droits moraux (perpétuels) et droits patrimoniaux qui permettent d'interdire ou d'autoriser l'utilisation de l'œuvre et de percevoir une rémunération en contrepartie jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur ou après la divulgation si l'œuvre appartient à une personne morale (société, association)</li> <li>✓ Possibilité d'agir en contrefaçon</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ L'œuvre créée doit être originale (doit porter la marque de la personnalité de l'auteur)</li> <li>✓ Difficile en l'absence de dépôt de prouver la date à laquelle l'œuvre a été créée en cas de litige</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Constitution de preuves de l'antériorité en l'absence de divulgation immédiate (dépôt d'une enveloppe Soleau auprès de l'INPI, dépôt APP, etc.)</li> </ul>

## Secret/Savoir-faire (proposition de loi)

- |   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| ✓ Ne pas diffuser dans le public les connaissances élaborées ou acquises  | ✓ Peut compléter ou prolonger une invention brevetée  | ✓ Le secret n'est pas un droit exclusif   | ✓ Dépôt d'une enveloppe Soleau pour dater les innovations techniques                         |
| ✓ Permet de protéger les procédés, les formules de fabrication ou autres éléments techniques non brevetés mais également les connaissances techniques, utiles à la mise en œuvre d'un processus industriel, organisationnel ou commercial | ✓ Possibilité de valoriser ces procédés, ces innovations par des transferts de technologies avec les partenaires ou les tiers qui souhaiteraient l'utiliser | ✓ Des tiers peuvent proposer le même produit et déposer et exploiter un brevet sur la même innovation s'ils découvrent l'innovation en démontant le produit par exemple | ✓ Toute personne impliquée doit être tenue à la confidentialité (clauses de confidentialité) |
|   | ✓ La protection est sans limite dans le temps tant que le secret existe   |   |  |
|   | ✓ Aucune procédure en propriété industrielle  |   |  |

### 6.3. Annexe 3 : Questionnaire soumis aux entreprises du panel

Observatoire de l'Immatériel : Revue des pratiques mises en œuvre pour la protection du savoir-faire

#### QUESTIONNAIRE A RENSEIGNER PAR L'ENTREPRISE

Question	Réponses
Présentation de l'entreprise et du type de savoir-faire	
1. Nom de l'entreprise	A compléter
2. Secteur concerné	A compléter
3. Poste de l'interlocuteur rencontré	A compléter (DJ, RD, marketing, achat ...)
4. Disposez-vous de titres de propriété industrielle (brevets, marques, dessins et modèles) ?	<input type="checkbox"/> oui (préciser, notamment le nombre et le type, par ex : 50 brevets, 3 marques, etc.) <input type="checkbox"/> non <input type="checkbox"/> je ne sais pas
5. Etes-vous capable d'identifier facilement, parmi les mécanismes de protection issus du Code de la Propriété intellectuelle (titres de propriété industrielle, droits d'auteur et droits voisins), celui ou ceux qui protégeraient de manière suffisante / pertinente l'ensemble de vos actifs incorporels?	<input type="checkbox"/> oui (préciser, notamment le type d'élément concerné, etc.) <input type="checkbox"/> non <input type="checkbox"/> je ne sais pas A compléter
6. Considérez-vous que les droits existants sont adaptés pour protéger votre savoir-faire ?	<input type="checkbox"/> oui (préciser) <input type="checkbox"/> non (préciser) <input type="checkbox"/> je ne sais pas
7. Disposez-vous d'actifs incorporels protégeables ou potentiellement protégeables par le droit d'auteur ou droits voisins (documentation, éléments graphiques, logiciels, bases de données, etc.) ?	<input type="checkbox"/> oui (préciser) <input type="checkbox"/> non (préciser) <input type="checkbox"/> je ne sais pas

Question	Réponses
8. Typologie(s) de savoir-faire utilisé(s)	Ex : Méthode commerciale, méthode de fabrication, informations stratégique sur les prix, invention non brevetée, etc.
9. Description synthétique du type de savoir-faire	Décrire de manière synthétique le type de savoir-faire (sans en révéler les éléments stratégiques)
10. Caractère stratégique/valeur économique cruciale du savoir-faire	Expliquer ici de manière synthétique les raisons de l'importance stratégique du savoir-faire en question
11. Catégories de destinataires du savoir-faire de votre entreprise	<p>En interne : A compléter – préciser à quel type de destinataires sont communiquées les informations relatives au savoir-faire (salariés, stagiaires, freelance, services concernés (RD, marketing, achat ...), etc.)</p> <p>En externe : A compléter – préciser à quel type de destinataires sont communiquées les informations relatives au savoir-faire (par ex. fournisseurs, fabricants, clients, partenaires...)</p>
Mécanismes ou politique de protection du savoir-faire par l'entreprise	
12. Protection par contrat	<p>En interne :</p> <p><input type="checkbox"/> clause de confidentialité dans les contrats de travail (<i>préciser</i>)</p> <p><input type="checkbox"/> clause de non-concurrence (<i>préciser</i>)</p> <p>Autre : A compléter</p> <p>En externe :</p> <p><input type="checkbox"/> accords de confidentialité lors des négociations d'un contrat avec les tiers (avant-contrats avec les fournisseurs, fabricants, clients, partenaires), etc. (<i>préciser</i>)</p> <p><input type="checkbox"/> clause de non-concurrence (<i>préciser</i>)</p> <p><input type="checkbox"/> clause de confidentialité dans les contrats (<i>préciser</i>)</p> <p>Autre : A compléter</p>
13. Mesures de protection physiques ou techniques utilisées afin de protéger le secret du savoir-faire en question	A compléter (décrire ici de manière synthétique les mesures utilisées pour protéger le secret de l'invention, par ex : sensibilisation du personnel, locaux sécurisés, moyens de protections physiques et/ou logiques, etc.)
14. La politique de protection du savoir-faire mise en œuvre par votre entreprise est-elle différente à l'étranger, le cas échéant dans quels pays et quels sont les aménagements apportés dans ces pays ? Quid de leur efficacité ? Est-ce un élément de nature à	A compléter

Question	Réponses
favoriser une localisation de certaines de vos activités dans ces pays ?	
<b>Atteinte au savoir-faire et moyens de défense</b>	
15. Avez-vous déjà été victime de vol ou d'atteinte à votre savoir-faire ? Si oui :	A compléter (si, dans l'hypothèse d'une atteinte à votre savoir-faire, vous avez intenté une action en justice, référez-vous directement à la question suivante
<ul style="list-style-type: none"> <li>• quelle a été votre stratégie de défense ?</li> <li>• quel dispositif juridique inexistant en droit positif aurait pu être utile à la défense de vos intérêts ?</li> </ul>	
16. Le cas échéant, actions intentées en cas de violation d'un savoir-faire de l'entreprise	<p>Action contractuelle pour violation d'un accord de confidentialité :</p> <p><input type="checkbox"/> oui</p> <p><input type="checkbox"/> non</p> <p>A compléter – Décrire le cas échéant l'objet de l'action, son fondement, la durée de la procédure, son issue et l'octroi ou non de dommages et intérêts</p> <p>Action délictuelle en concurrence déloyale ou parasitisme :</p> <p><input type="checkbox"/> oui</p> <p><input type="checkbox"/> non</p> <p>A compléter – Décrire le cas échéant l'objet de l'action, la durée de la procédure, son issue et l'octroi ou non de dommages et intérêts</p> <p>Action pénale :</p> <p><input type="checkbox"/> oui</p> <p><input type="checkbox"/> non</p> <p>A compléter – Décrire le cas échéant l'objet de l'action, son fondement, la durée de la procédure et son issue</p>
<b>Bilan</b>	
17. Efficacité/points forts/avantages de vos moyens de protection du savoir-faire	Expliquer ici, le cas échéant, les avantages que vous identifiez en relation avec votre méthode de protection des informations stratégiques/savoir-faire de votre entreprise
18. Faiblesses/limites	Identifier les faiblesses ou les limites que vous identifiez en relation avec les moyens utilisés par votre entreprise

Question	Réponses
	pour protéger ses informations stratégiques/savoir-faire
19. Que souhaiteriez-vous changer dans les méthodes de protection que vous utilisez (et quelles sont les raisons qui font aujourd'hui que vous ne les changez pas) ?	A compléter
20. A quelles conditions seriez-vous prêts à augmenter vos investissements en matière de protection juridique du savoir-faire ?	A compléter
21. Si des solutions juridiques nouvelles pouvaient être apportées afin d'encadrer la protection du savoir-faire...	... Quelles mesures souhaiteriez-vous voir prise, ou sur quels sujets en particulier souhaiteriez-vous que des mesures soient prises :  ... Quelles mesures ne souhaiteriez-vous surtout pas voir prises :

#### Proposition de loi du 16 juillet 2014 relative à la protection du secret des affaires

Le 16 juillet 2014, une proposition de loi relative à la protection du secret des affaires a été enregistrée à l'Assemblée Nationale et renvoyée à la Commission des lois.

Cette proposition de loi définit le champ de la protection du savoir-faire au sein du code de commerce (article L.151 du code de commerce dans la proposition de loi) et prévoit qu'est protégée au titre du secret des affaires, *indépendamment de son incorporation à un support*, toute information qui remplit les 3 conditions suivantes :

- L'information ne doit pas être publique, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être connue ou aisément accessible pour une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information.
- L'information doit revêtir une valeur économique du fait de son caractère non public. Selon le texte de la proposition, une information a une valeur économique si elle s'analyse comme un élément à part entière du « potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur »
- Enfin, l'information doit faire l'objet de « mesures de protection raisonnables compte tenu de sa valeur économique et des circonstances » pour préserver son caractère non public (idée de proportionnalité des mesures utilisées).

22. La proposition de définition du savoir-faire vous semble-t-elle satisfaisante ?

La proposition de loi instaure :

1. un régime de responsabilité civile en prévoyant que toute atteinte au secret des affaires définie aux deux alinéas (ci-dessous) engage la responsabilité civile de leur auteur :

« Nul ne peut obtenir une information protégée au titre du secret des affaires en violation

des mesures de protection prises pour en conserver le caractère non public, ni utiliser ou communiquer l'information ainsi obtenue.

Nul ne peut non plus utiliser ni communiquer une information protégée au titre du secret des affaires, sans le consentement de son détenteur duquel il l'a obtenue, de façon licite, directement ou indirectement. » (article L.151-2 du code de commerce – selon proposition)

S'agissant de ce régime de responsabilité civile, la proposition de loi prévoit également :

- Des mesures provisoires et conservatoires pendant la procédure d'une action sur ce fondement (ces mesures n'ont pas de caractère limitatif) (articles L. 151-3 et L.151-4 du code de commerce – selon proposition) ;
- Les mesures que peut prononcer le tribunal à titre de réparation (article L. 151-5 du code de commerce – selon proposition) :
  - Le projet définit le préjudice pouvant fonder l'octroi de dommages et intérêts : « les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner et la perte, subies par la personne lésée du fait de l'atteinte, ainsi que le préjudice moral qui lui a été causé par celle-ci » ;
  - Le projet propose une méthode de détermination des dommages et intérêts : « Lorsque l'auteur de l'atteinte avait connaissance du secret des affaires ou qu'il ne pouvait raisonnablement en ignorer l'existence, et qu'il a réalisé, du fait de cette atteinte, des économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels ou retiré des bénéfices, y compris des avantages concurrentiels, commerciaux ou financiers, qui excèdent le montant des dommages et intérêts évalués en application du premier alinéa, le tribunal détermine les dommages et intérêts en considération de ces économies ou bénéfices, dans la limite de leur montant total. » ;
  - Le projet prévoit que le tribunal peut ordonner des mesures de publicité du jugement.
- La proposition prévoit que ce régime s'appliquerait dès lors que l'obtention, l'utilisation ou la révélation du secret des affaires a eu lieu ou risque de se produire en France et ne permet par conséquent pas de prévoir, au sein des contrats, l'application d'une loi étrangère sur ce point.
- La proposition prévoit enfin des règles relatives à la production de preuves lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte au secret des affaires afin de pallier le risque de divulgation d'un savoir-faire (ou d'obtention d'informations) lors des procédures classiques. Le tribunal peut ainsi interdire ou limiter la production de telles pièces, ou prévoir leur mise à disposition des parties par une consultation « sur place » et « sans reproduction ». Néanmoins, ces règles ne s'appliqueraient pas au cas où la production intégrale d'une pièce est nécessaire à l'exercice du droit à un procès équitable.

2. Un régime de responsabilité pénale (articles L.151-8 et L.151-9 du code de commerce – selon proposition)

La proposition prévoit que le fait de prendre connaissance, de révéler ou de détourner un secret d'affaires serait puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende et précise que la tentative de ce délit est punie des mêmes peines.

Le texte prévoit une circonstance aggravante spécifique en cas d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France (7 ans d'emprisonnement et 750.000 euros d'amende).

Des peines complémentaires sont également prévues :

- « 1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues

## Question

## Réponses

- par l'article 131-26 du code pénal » ;
- « 2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement » ;
  - « 3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21 du code pénal, de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution. »

Ainsi que des peines applicables aux personnes morales (Article 131-38 et 131-39 du code pénal).

Le texte prévoit cependant des exclusions en précisant que l'article L. 151-8 n'est pas applicable :

- « 1° Dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret » ;
- « 2° À celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance » : il est ici notamment fait référence aux journalistes et lanceurs d'alerte dans l'exposé des motifs de la loi ;
- « 3° Sous réserve des dispositions de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, aux autorités juridictionnelles ou administratives compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction. ».

---

23. Les dispositifs prévus dans cette proposition de loi vous paraissent-ils de nature à assurer à votre entreprise une protection suffisante ?

---

## Confidentialité

- Vous acceptez que votre entreprise soit citée expressément dans le corps de l'étude (sans qu'aucun élément de votre savoir-faire ne soit révélé)
  - Vous acceptez que le nom de votre entreprise figure uniquement dans la liste des entreprises participantes qui sera annexée à l'étude
  - Vous refusez que le nom de votre entreprise soit cité (que ce soit dans le corps de l'étude ou en annexe, dans la liste des entreprises participantes)
-

#### 6.4. Annexe 4 : Liste des entreprises du panel

1. Nutriset	Agroalimentaire, solutions pour le traitement et la prévention de la malnutrition	Direction juridique
2. NON CITE	Travail temporaire	Direction juridique
3. AT Internet	Web analytics	Direction Administrative et financière et Direction juridique PI
4. Fleury Michon	Agroalimentaire	Direction de la recherche et de l'innovation
5. Armor	Chimie des encres et énergies renouvelables	Direction juridique PI
6. L'Occitane	Cosmétique	Direction juridique PI
7. Obeo	Conseil/ développement open-source	Direction Générale
8. SNCF	Transport ferroviaire	Direction juridique TIC
9. Lemerpax	Radioprotection Médecine Nucléaire	Direction Générale et direction administrative et financière
10. Biomatlante	Biotechnologies - substituts osseux	Dirigeante fondatrice & Direction Administrative et Financière
11. L'Oréal	Cosmétique	Direction juridique recherche & innovation

## Ernst & Young Société d'Avocats

EY Société d'Avocats est un des cabinets leaders de la fiscalité et du droit. De par notre appartenance à un réseau de dimension mondiale, nous mettons notre expertise au service d'une performance durable et responsable. Nous faisons grandir les talents afin qu'ensemble, ils accompagnent les organisations vers une croissance pérenne. C'est ainsi que nous jouons un rôle actif dans la construction d'un monde plus juste et plus équilibré pour nos clients, nos équipes et la société dans son ensemble.

Ernst & Young Société d'Avocats  
Inscrit au Barreau des Hauts de Seine  
Membre d'Ernst & Young Global Limited

EY désigne l'organisation mondiale et peut faire référence à l'un ou plusieurs des membres d'Ernst & Young Global Limited, dont chacun est une entité juridique distincte. Ernst & Young Global Limited, société britannique à responsabilité limitée par garantie, ne fournit pas de prestations aux clients. Retrouvez plus d'informations sur notre organisation sur [www.ey.com](http://www.ey.com).

© 2016 Ernst & Young Société d'Avocats.  
Tous droits réservés.

Studio EY France - 1604SG748

Document imprimé conformément à l'engagement d'EY de réduire son empreinte sur l'environnement.

Cette publication a valeur d'information générale et ne saurait se substituer à un conseil professionnel en matière comptable, fiscale ou autre. Pour toute question spécifique, vous devez vous adresser à vos conseillers.

[ey-avocats.com](http://ey-avocats.com)