



QU'EST QUE LE PATRIMOINE IMMATERIEL D'UNE ENTREPRISE ?

Professeur Lucien Rapp

Université Toulouse 1-Capitole

Directeur scientifique de la Chaire SIRIUS

Space Institute for Researches on Innovative Usages of Satellites

Droit et Espace – 5èmes Ateliers

Toulouse, 7 octobre 2014

Trois questions

- Pourquoi et dans quelle mesure parler de patrimoine immatériel d'une entreprise ?
- Ce patrimoine immatériel est-il aujourd'hui convenablement protégé ?
- Que faut-il faire pour renforcer sa protection juridique ?

Trois questions

- **Pourquoi et dans quelle mesure parler de patrimoine immatériel d'une entreprise ?**
- **Ce patrimoine immatériel est-il aujourd'hui convenablement protégé ?**
- **Faut-il renforcer sa protection juridique et comment ?**

Dématérialisation ...

- Le patrimoine des entreprises s'est *dématérialisé* : idées, savoir-faire, réseaux relationnels et commerciaux, méthodes de gestion, pratiques non brevetées
- La valeur d'une entreprise dépend de plus en plus de ses *actifs immatériels* (informations, fichiers, données stratégiques)
- Le *patrimoine immatériel* des entreprises est fragilisé par l'utilisation croissante et les progrès rapides des techniques de l'information et de la communication

Protection juridique

- **Le Patrimoine immatériel d'une entreprise ne vaut et n'existe juridiquement que s'il est reconnu et protégé**
 - Pas de définition, pas de protection juridique adaptée en France (ni en l'état des textes, ni en l'état de la jurisprudence)
 - Un niveau de protection juridique relativement élevé chez beaucoup de nos partenaires, européens et non européens
 - Des instruments juridiques de protection en droit international (ADPIC, Annexe 1C) ou européen (TFUE, art. 339/arrêt AKZO, 24 juin 1986 : « *principe général du droit des entreprises à la protection du secret des affaires* ») insuffisamment utilisés en droit interne

Protection et Contrat

- La protection du patrimoine immatériel d'une entreprise ne peut relever seulement du domaine du *contrat* (au motif qu'elle relèverait de sa sphère privée)
- Elle ne peut dépendre exclusivement de *solutions jurisprudentielles* (au motif qu'elle devrait faire l'objet d'une adaptation au cas par cas)
- Elle nécessite l'intervention des *pouvoirs publics* (parce qu'elle doit s'inscrire dans le cadre d'une véritable politique d'intelligence économique)

Urgences ...

- Une protection juridique adaptée du patrimoine immatériel de l'entreprise est d'autant plus nécessaire dans un environnement géoéconomique international devenu très concurrentiel et dominé
 - Par la généralisation de pratiques de « *leaking* » industriel (Valéo, Michelin)
 - Par l'utilisation du délit d'espionnage industriel à des fins politiques (Glaxo)
 - Par la multiplication de procédures de « *discovery* », à l'initiative d'autorités de régulation étrangères

Trois questions

- Pourquoi et dans quelle mesure parler de patrimoine immatériel d'une entreprise ?
- **Ce patrimoine immatériel est-il aujourd'hui convenablement protégé ?**
- Faut-il renforcer sa protection juridique et comment ?

Pas de définition

- L'expression « *secret des affaires* » est d'utilisation courante dans la pratique des affaires, à commencer par le vocabulaire des juristes
- Elle figure dans **8 dispositions législatives récentes, 6 ordonnances, 51 décrets, 223 arrêtés, 224 décisions individuelles et 2 circulaires** ; elle est mentionnée dans le code de commerce, le code de la consommation et le code des postes et des communications électroniques
- Le seul texte comportant une précision est l'article **R463-14** du Code de commerce (définition *négative* : les éléments portant sur les *ventes, parts de marché, offres ou données similaires* de plus de cinq ans ne mettent pas en jeu le secret des affaires, sauf cas exceptionnels)

Une jurisprudence éparse

- **Objet : Mesures d’instruction *in futurum*, saisie-contrefaçon, principe du contradictoire, droit social ... ; mais aucune définition**
- **Les seuls éléments de définition utiles émanant d’une autorité officielle résulte de la « jurisprudence » de la CADA (3 mentions couvertes : (i). Secret des procédés ; (ii). Informations économiques et financières ; (iii). Stratégie commerciale)**
- **Mais portée limitée (i). Quantitativement : 14,7% des avis défavorables sont motivées par l’atteinte au secret des affaires ; (ii). Juridiquement : les avis de la CADA ne font pas grief et ne lient pas l’administration**

Vol ...

- **Infractions générales : Vol (Code pénal, art. 311-1)/Abus de confiance (Code Pénal, art. 314-1/Recel (Code Pénal, art. 321-1):**
 - « chose d'autrui », « bien quelconque », « détention » ; mais chose/bien/support matériel : pb. biens incorporels/immatériels
 - Jurisprudence « Bourquin » et Antonioli (1989) (vol de contenu informationnel de disques informatiques ou de données comptables et commerciales)/Jurisprudence « Michelin » (2011) (détournement de fichiers de clientèle)
 - Mais nécessité d'une appréhension même temporaire (manipulation ?), d'une remise préalable (relation contractuelle ?), d'un support matériel (détention d'informations immatérielles ?)

Secret ...

- **Infractions particulières : *Secret professionnel* (Code pénal, art. 226-13)/*Intrusion dans un système informatique*(Code Pénal, art. 323-1/*Livraison d'informations à une puissance étrangère* (Code Pénal, art. 411-6 à 411-8)/*Divulgence de secrets de fabrique* (Code Prop. Intell., art.621-1):**
 - **Personnes tenues au secret professionnel**
 - **Intrusion avérée/informations contenues**
 - **Atteintes aux intérêt fondamentaux de la Nation**
 - **Secret de fabrique plus étroit que le secret des affaires (procédés de fabrication offrant un intérêt pratique). Pb Procédés de commercialisation ou de gestion**

Réparation ...

- **Des actions en réparation du dommage subi très limitées**
 - Jurisprudence qui repose sur les principes généraux de la responsabilité civile (Code civil, art.1382 et 1383)
 - Recours à la notion de savoir-faire/définition plus large : « *secret* (informations confidentielles) *substantiel* (savoir-faire) *et identifié* (description de façon suffisamment complète) » (Regl. 320-2010, 20 avril 2010 re. Art.101§3)
 - Action en concurrence déloyale, mais réparation *a posteriori*/pas d'effet dissuasif : préjudice difficile à évaluer (re. perte de chance), insolvabilité ou impunité du débiteur (lorsqu'il est à l'étranger)

Procédures ...

- **Instrumentalisation de la justice (utilisation de procédures judiciaires aux fins d'accéder aux informations convoitées)**
 - Ex. Faillite d'un hébergeur de données ou d'un sous-hébergeur/Droit des procédures collectives
 - Ex. Procédure de « discovery » (investigation/instruction préalables au procès civil ou commercial)/ Loi de blocage » du 28 juillet 1968 mod. 16 juillet 1980 : lutter contre les prétentions extraterritoriales de certaines législations (SOX, 2002) et inciter au respect des mécanismes de coopération judiciaire (Conv. de La Haye, 18 mars 1970, ratifiée par la France le 7 août 1974 avec une réserve contre la procédure de discovery) Mais : *Supreme Court américaine*, décision *Aérospatiale* (15 janvier 1987) : bonne foi + « *balancing test* » = recours à la Convention de La Haye est une option/ *High Court de Londres*, 31 mars 1993 (inopposabilité de la loi de blocage)

Loi de blocage

- **Loi de blocage (suite)**
 - Une seule condamnation prononcée (10.000 euros) à l'encontre d'un avocat, correspondant d'un cabinet américain (12 décembre 2007)
 - Quelques applications (sans sanctions pénales) en matière commerciale pour s'opposer à la communication d'informations jugées confidentielles (not. Renault)
 - Inefficacité confirmée par le fait que les entreprises françaises se trouvent souvent devant un dilemme : si elles refusent de communiquer, elles sont passibles de sanctions sur le territoire américain (y compris le « *contempt of court* ») ; si elles communiquent, elles sont susceptibles de sanctions de la part des juridictions françaises

« Discovery » ...

- **Mesure d’instruction « *in futurum* » (sorte de « discovery » à la française)**
 - Possibilité d’obtenir d’un juge dans le cadre d’une procédure de référé, par voie d’ordonnance, une ou plusieurs mesures d’instruction légalement admissibles (preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige)
 - Objectif : (i). Meilleure connaissance des éléments d’un conflit : (ii). Prévenir un procès
 - Le secret des affaires ne peut être opposé à de telles mesures d’instruction
 - En pratique : moyen de s’approprier abusivement par la voie judiciaire, des informations économiques confidentielles relatives à un concurrent
 - Solution inspirée des procédures relevant de l’Autorité de la concurrence (Code de commerce, art.463-4)

Trois questions

- Pourquoi et dans quelle mesure parler de patrimoine immatériel d'une entreprise ?
- Ce patrimoine immatériel est-il aujourd'hui convenablement protégé ?
- **Faut-il renforcer sa protection juridique et comment ?**

Un niveau élevé de protection à l'étranger

- **En Europe**
 - **Allemagne : loi UWG (1969) + définition large du secret des affaires par la Cour constitutionnelle allemande (14 mars 2006)**
 - **Autriche : Loi UWG (cf Allemagne)**
 - **Italie : Code civil, art. 2598 (3) (ratification de l'ADPIC, 1996) ; Code de la propriété intellectuelle + définition large du secret des affaires par la Cour de cassation italienne (20 janvier 1992)**
- **En dehors de l'Europe**
 - **USA : loi américaine sur l'espionnage économique, loi EEA (1996/2011)**

Quelques propositions

Cf. Proposition de loi de *Bernard Carayon* , en date du 11 janvier 2012, votée en première lecture par l'Assemblée Nationale

- *Définition précise et circonscrite du secret des affaires* : 5 critères : (i). Supports : procédés, objets, documents, données ou fichiers ; (ii). Informations : commerciale, industrielle, financières scientifique, technique ou stratégique ; (iii). Confidentialité : pas de caractère public ; (iv). Portée : atteinte aux intérêts de l'entreprise ; (v). Mesures de protection spécifiques : indication de leur caractère confidentiel
- *Création d'un délit particulier (violation du secret des affaires) + exceptions*
- *Révision de la loi de blocage* (limiter son champ au seul secret des affaires ; réaffirmation de son importance sur le modèle de lois de blocages similaires (Australie, Canada, Japon, Pays-Bas, Royaume Uni, Suède)
- *Stratégie globale d'intelligence économique*

Une initiative européenne

- **Projet de directive proposé par la Commission, le 28 novembre 2013**
 - **Définition commune du secret des affaires** : *informations qui répondent à toutes les conditions suivantes: (a). elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles; b). elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes; c). elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes;*
 - **Mise en place de moyens permettant aux victimes de l'appropriation illicite de secrets d'obtenir réparation**
- **Adoption d'une position à l'occasion de l'examen du projet de directive par le Conseil européen « Compétitivité », le 26 mai 2014**



SIRIUS
SPACE, BUSINESS
& LAW

***Merci de votre aimable
attention***

lucien.rapp@ut-capitole.fr