

LA PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LA PROTECTION DES SECRETS D’AFFAIRES ET SES INTERACTIONS AVEC LES DROITS INTELLECTUELS

VINCENT CASSIERS

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L’UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
ET AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES,

ALAIN STROWEL

PROFESSEUR À L’UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS-BRUXELLES
ET À L’UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

Introduction

Le 28 novembre 2013, la Commission européenne (Direction Générale Marché Intérieur) faisait connaître sa *Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites* (ci-après : la « proposition de directive secrets d’affaires ») (1). Une proposition de prime abord modeste, mais qui pose des questions néanmoins. Harmonise-t-elle de manière satisfaisante le droit existant dans les États membres ? Répond-elle aux questions de plus en plus pressantes posées par l’espionnage industriel à l’ère du numérique ? Risque-t-elle de susciter des actions en justice susceptibles de paralyser la commercialisation de produits, voire d’obtenir de considérables contreparties sous la menace d’une injonction judiciaire ? Comme la proposition de directive est en passe de créer un quasi-droit intellectuel, ce dernier problème risque de se poser.

(1) COM(2013) 813 final du 28 novembre 2013 (disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/131128_proposal_fr.pdf).

On abordera quelques-unes de ces questions dans la première partie de cette contribution.

La seconde partie sera consacrée à l'analyse des rapports entre la protection des secrets d'affaires et d'autres droits intellectuels, en particulier le droit des brevets et le droit d'auteur. On verra que le cumul est possible avec les droits dont la naissance ou l'exercice ne suppose pas que l'objet soit rendu accessible au public, à l'instar du droit d'auteur et du droit en matière de bases de données. De nombreuses situations de cumul renforcent ainsi la protection des secrets d'affaires. Parfois, au contraire, l'exercice du contrôle sur le secret de l'entreprise entre en conflit avec le droit d'auteur, par exemple de l'employé. Les interactions entre secrets d'affaires et droits intellectuels sont multiples. On conclura sur la nécessité d'apporter dans la directive quelques précisions quant à ces interactions et cumuls avec les autres droits intellectuels.

Chapitre 1. La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires

SECTION 1. OBJECTIFS, ÉTAT DE LA PROCÉDURE ET CONTEXTE DE LA DIRECTIVE

§ 1. *Objectif : harmoniser et/ou renforcer la protection des secrets d'affaires ?*

La proposition de directive du 28 novembre 2013 mise sur la table du législateur européen par la Commission ne semble *a priori* pas révolutionnaire. Elle vise d'abord à harmoniser les droits nationaux qui protègent les secrets d'affaires à travers des instruments législatifs très divers, tels que le droit de la concurrence déloyale, les législations sur le contrat de travail, le droit des contrats, des dispositions pénales, etc. (2). Parfois, la protection repose uniquement sur des principes généraux affinés par la jurisprudence (3) (principe

(2) En droit belge, voy. B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 642 et s.

(3) Voy. l'exposé des motifs de la proposition de directive secrets d'affaires, p. 4 et les considérant 5 à 7 (voy. not. à la fin du considérant 7, le leitmotiv d'intervention de la DG marché inté-

de la responsabilité extracontractuelle, *duty of confidence*, etc.) (4). L'objectif sous-jacent de la proposition de directive est également de renforcer la protection (des entreprises européennes) face à la concurrence déloyale et l'espionnage industriel (en provenance de l'étranger). La directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, dont s'inspirent les mesures de protection prévues dans la proposition de directive secrets d'affaires, était tiraillée entre l'objectif d'harmoniser le marché intérieur et l'objectif d'élever le niveau de protection (avant l'élargissement de l'UE aux 10 pays d'Europe centrale en mai 2004) (5) ; de manière similaire, la proposition de directive secrets d'affaires est travaillée par une double logique d'harmonisation et de renforcement de la protection existante. Ces deux objectifs ne sont pas toujours convergents : l'harmonisation ne suppose pas nécessairement un relèvement du niveau de protection.

Certes, il est raisonnable de vouloir harmoniser les régimes nationaux alors que les échanges se mondialisent et que la chaîne des sous-traitants couvre souvent de nombreux pays (européens). L'harmonisation poursuivie par la proposition de directive peut combler certaines lacunes des droits nationaux. Cela dit, on peut s'interroger sur sa force harmonisatrice : vu que la directive reste très générale, n'offre-t-elle pas trop de marge de manœuvre aux législateurs nationaux, lesquels seront tentés de considérer que le droit existant respecte déjà les obligations européennes ? Avec la conséquence que des protections fondées sur des législations ou principes assez différents (concurrence déloyale, responsabilité civile, *duty of confidence*, etc.) seront maintenues, et donc le patchwork législatif existant. Bref, la proposition de directive pourrait ne pas diminuer l'incertitude juridique qui existe autour de cette protection.

rieur : « globalement, les différences (de régime juridique) portent atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur »).

(4) L'étude de droit comparé réalisée par le cabinet Hogan Lovells pour la Commission (*Report on Trade Secrets to the European Commission*, MARKT/2010/20/D, janvier 2012) soulignait que la Suède dispose d'une loi spéciale sur la protection des secrets d'affaires, que d'autres pays comme l'Allemagne et la Belgique ont des dispositions diverses insérées dans les lois sur la concurrence déloyale, le droit pénal ou le droit du travail, que d'autres encore, à l'instar du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'ont aucune loi mais utilisent le droit commun de la « confidence », que les Pays-Bas ont recours au principe de la responsabilité aquilienne, que le droit de Malte offre une protection dans le seul cas d'une violation contractuelle.

(5) Voy. Ch.-H. MASSA et A. STROWEL, *The Scope of the Proposed IP Enforcement Directive: Torn between the Desire to Harmonise Remedies and the Need to Combat Piracy*, in *European Intellectual Property Review*, juin 2004, pp. 244-253.

S'agissant du second objectif (plus ou moins avoué) de relèvement du niveau de protection, il est moins clair qu'il faille durcir la protection en permettant par exemple d'obtenir des mesures de mise en œuvre, notamment des injonctions, à l'encontre des « produits en infraction », à savoir les produits d'une entreprise qui bénéficient d'un accès illicite à des secrets d'affaires (voy. *infra*).

§ 2. *Antécédents et procédure législative*

Le dépôt de la directive est l'aboutissement d'un processus lancé en 2010 et balisé par des études et consultations à la demande de la Commission(6). La publication de la proposition de directive était donc attendue. Le texte a déjà été examiné par le Conseil qui a adopté, le 26 mai 2014, une « Orientation générale »(7). C'est maintenant au Parlement de se prononcer sur ce texte et de s'accorder avec le Conseil. Certaines dispositions seront certainement amendées. Dans les développements qui suivent, quelques lacunes ou imprécisions de la proposition seront mises en évidence. On formulera également quelques suggestions. Revenons d'abord sur le contexte qui entoure cette proposition et qui risque d'influencer les débats à venir tant au Conseil qu'au Parlement.

§ 3. *Contexte de la proposition : accusations d'espionnage économique sur le plan international*

Depuis l'affaire Snowden et les révélations quant aux pratiques de la NSA (National Security Agency) américaine, la question de la protection de la vie privée mais aussi des secrets d'affaires a nourri diverses polémiques dont la presse s'est largement fait l'écho. Au point de miner quelque peu les relations entre l'UE et son partenaire américain, notamment dans le cadre des négociations commerciales du TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) lancées

(6) Voy. not. l'étude juridique précitée réalisée par le cabinet Hogan Lovells (*Report on Trade Secrets for the European Commission* disponible à : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade/201201-study_en.pdf), ainsi que l'étude en partie économique intitulée *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the InternalMarket* (avril 2013), disponible à : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/20130711/final-study_en.pdf. La consultation publique s'est déroulée du 11 décembre 2012 au 8 mars 2013. Les réponses et les résultats de cette consultation sont disponibles sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/trade-secrets_en.htm.

(7) Conseil de l'Union européenne, *General approach*, 26 mai 2014, 9870/14 (accessible sur : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209870%202014%20INIT>).

en juillet 2013. Mais la tension existe aussi avec la Chine à qui l'on reproche souvent de « voler » les secrets d'affaires, et ce avec l'appui de l'État chinois. Le général Keith Alexander, directeur de la NSA, aujourd'hui accusée par les partenaires des États-Unis, soulignait que le cyber espionnage constituait « le plus grand transfert de richesses de l'histoire » (8) : les entreprises américaines auraient en effet perdu plus de 250 milliards de dollars US en 2011 (9).

Le processus d'adoption de la proposition de directive secrets d'affaires sera certainement influencé par le dossier des écoutes et la perception des risques d'espionnage orchestré par des États. D'autres raisons que la « raison d'État » expliquent l'importance croissante de la protection des secrets d'affaires. Le considérant 2 de la proposition de directive explique l'exposition croissante des entreprises à des « appropriations malhonnêtes » d'informations par le phénomène de la mondialisation, par le recours croissant à la sous-traitance et par l'allongement des chaînes d'approvisionnement. Outre ces facteurs économiques, des facteurs sociaux jouent, en particulier la mobilité croissante des travailleurs qui les amène à travailler successivement chez des concurrents. La facilité de transférer des informations à l'ère numérique – emails, clés USB, *cloud computing*, etc. – explique certainement les risques d'exposition accrus. Ce que l'on a pu appeler « l'éthique hacker » (10), soit l'esprit de transparence à l'ère des réseaux informatiques, met également en cause la préservation des secrets. Comme on l'a écrit, « le monde numérique n'est pas un grand ami des secrets d'affaires » (11). C'est le moins que l'on puisse écrire !

(8) J. ROGIN, *NSA Chief: Cybercrime Constitutes the "Greatest Transfer of Wealth in History"*, *The Cable*, 9 juillet 2012, disponible à : http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2012/07/09/nsa_chief_cybercrime_constitutes_the_greatest_transfer_of_wealth_in_history. Voy. aussi le rapport qui compare le coût de ce « vol » d'informations à la valeur des exportations US vers l'Asie : *The Report of the Commission on the Theft of American Intellectual Property*, février 2013, p. 2, disponible à l'adresse : http://www.ipcommission.org/report/IP_Commission_Report_052213.pdf.

(9) Aujourd'hui, l'arroseur a été arrosé et on soupçonne plutôt la NSA d'avoir intercepté des informations sensibles en provenance d'entreprises étrangères ...

(10) Voy. P. HIMANEN, *L'Éthique hacker et l'esprit de l'ère de l'information*, Exils, 2001.

(11) V. A. CUNDIFF, *Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment*, 49 IDEA 2009, p. 361.

§ 4. *La proposition de directive tient-elle compte à la fois de l'esprit d'ouverture de l'Internet et des risques spécifiques au numérique ?*

La protection du secret ne peut ignorer les nouvelles exigences de transparence, popularisées par les divulgations de *WikiLeaks*, et les nouveaux risques, qu'il s'agisse des réseaux sociaux (Web 2.0) ou des réseaux privés (*darknets* (12)). Sur *Facebook* ou d'autres réseaux publics, beaucoup d'individus peuvent malencontreusement divulguer en toute bonne foi certaines informations qui, collectées systématiquement et reliées les unes aux autres, peuvent dévoiler des secrets. La protection des secrets appelle ici une réponse autre que juridique : faut-il davantage conscientiser les salariés sur les risques des traces laissées en ligne ? Faut-il segmenter l'information interne de l'entreprise davantage que par le passé ? Cela paraît difficile alors que, par ailleurs, le modèle de l'innovation ouverte et collaborative se développe. Les *darknets*, ces réseaux privés qui garantissent en principe l'anonymat, génèrent d'autres défis : ils favorisent certainement les activités illicites (l'échange d'informations confidentielles ou les atteintes au droit d'auteur), mais ils s'avèrent également précieux pour lutter contre les censures de régimes autoritaires (13). Quelle dose de régulation est-elle adaptée à cette face cachée de l'Internet qui devient connue du grand public (14) ? La question des exigences et risques du numérique vis-à-vis de la protection des secrets commerciaux est vaste et mérite un examen spécifique qui dépasse le cadre de la présente contribution (15).

(12) Selon la définition de Wikipedia, un « darknet » (parfois appelé réseau *friend-to-friend* (F2F) : ami à ami) est un réseau privé virtuel dont les utilisateurs sont considérés comme des personnes de confiance... Les « darknets » sont distincts des autres réseaux pair à pair distribués car le partage y est anonyme (c'est-à-dire que les adresses IP ne sont pas partagées publiquement) et donc les utilisateurs peuvent communiquer avec peu de crainte d'interférence gouvernementale ni d'entreprise ».

(13) Sur l'activisme politique du mouvement Anonymous, voy. P. OLSON, *We Are Anonymous*, Back Bay Books, 2012 et P. JORION, *La guerre civile numérique*, Textuel, 2011. Plus généralement, voy. le livre de D. CARDON, *La démocratie Internet. Promesses et limites*, Paris, Seuil, 2010.

(14) Fin 2013, des magazines papier, tel que *Télérama*, ou TV, tel que *Envoyé spécial*, ont consacré des dossiers spéciaux à ce sujet.

(15) Sur l'adéquation de la proposition de directive secrets d'affaires aux défis du numérique, voy. A. STROWEL et Hee-Eun KIM, « Trade Secret Directive Proposal – Does It Live Up To Web 2.0, WikiLeaks, and Open Innovation ? », *J.I.P.L.P.*, 2015, à paraître.

§ 5. *Champ de la proposition de directive : comparaison avec les États-Unis*

Pour faire face aux violations des secrets d'affaires et aux risques d'espionnage économique, notamment en ligne, les États-Unis ont mis en place un dispositif législatif assez complet. Il comprend tout d'abord l'*Economic Espionage Act* de 1996 lequel prévoit des sanctions pénales pour la *misappropriation* de secrets d'affaires, y compris à des fins économiques. Sur le plan civil, il n'existe pas de loi fédérale, mais les États fédérés sont nombreux (au nombre de 47) à avoir adopté la Loi Uniforme sur les Secrets de Commerce (*Uniform Trade Secrets Act* (16)) qui a codifié le droit jurisprudentiel tout en renforçant le régime de protection (notamment en matière de dommages-intérêts). La proposition de directive européenne n'envisage que l'harmonisation des sanctions civiles, ce qui semblera insuffisant aux partisans d'une protection maximaliste des secrets d'affaires. Il est vrai que lorsque la violation des secrets d'affaires s'apparente à de l'espionnage économique, impliquant le cas échéant des acteurs étatiques, des mesures pénales et le recours à la procédure pénale peuvent s'avérer appropriés. Au-delà du cadre législatif, il serait important d'adopter d'autres mesures pour éviter le siphonage systématique des informations secrètes et d'adopter une stratégie à l'échelle de l'Union, comparable au programme adopté en février 2013 par l'administration Obama sous le titre une « Stratégie pour réduire le vol des secrets d'affaires US » (17). En effet, une chose est de mettre en place un cadre juridique adapté, une autre est d'adopter des mesures concrètes permettant d'assurer une protection *de facto*, notamment pour renforcer la cyber-sécurité, ce que l'administration américaine a bien compris (18).

(16) 14 U.L.A. 529.

(17) *Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets* (février 2013), voy. : http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin_strategy_on_mitigating_the_theft_of_u.s._trade_secrets.pdf.

(18) Outre la définition de la Stratégie précitée de l'administration, le président Obama a par exemple adopté en février 2013 un *Executive Order 13636* intitulé *Improving Critical Infrastructure Cybersecurity* (78 Fed. Reg. 11,739 (February 12, 2013)), disponible sur : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-02-19/pdf/2013-03915.pdf>.

§ 6. *Portée territoriale de la directive*

Si la proposition de directive permet, comme on le verra, d'interdire l'importation de produits ayant bénéficié d'un secret d'affaires, rien n'est prévu en cas d'atteinte aux secrets commis hors de l'Union (par ex. dans le cas d'un contrevenant qui s'empare illicitement d'informations confidentielles se retrouvant sur les serveurs étrangers d'une société). Il peut s'avérer important d'obtenir des mesures dans une telle hypothèse, laquelle peut être liée à une forme d'espionnage industriel sponsorisé par une autorité étatique étrangère. On pourrait songer à permettre des mesures de mise en œuvre si le secret d'affaires obtenu de manière illicite à l'étranger a des effets sur des opérateurs qui en bénéficient sur le territoire européen. La possibilité d'obtenir des mesures à l'encontre des « produits en infraction » (notion discutée *infra*), qui sont dérivés d'une violation de la protection des secrets réalisée hors du territoire de l'Union, pourrait certes pallier cette lacune dans l'applicabilité territoriale. Mais l'extension de la protection à ces « produits en infraction » posent d'autres problèmes par ailleurs (voy. *infra*).

§ 7. *Au commencement était le secret – mais garder le secret est aussi souvent la fin de la protection*

L'exposé des motifs de la proposition de directive (p. 2-3) propose une bible (« au commencement... ») de la protection des intangibles : « Tout droit de propriété intellectuelle commence par un secret : un écrivain ne dévoile pas l'intrigue sur laquelle il travaille (futur objet du droit d'auteur), un constructeur automobile ne diffuse pas le premier croquis d'un nouveau modèle de véhicule (futur dessin ou modèle), une entreprise ne révèle pas les premiers résultats de ses expériences technologiques (objet d'un futur brevet) ou les informations relatives au lancement d'un nouveau produit de marque (future marque de commerce), etc. ».

Certes, des secrets peuvent constituer le point alpha pour des créations ou innovations, mais le secret commercial peut aussi rester l'omega de la protection, comme la recette du Coca-Cola ou une liste de fournisseurs qui ne peuvent bénéficier d'un droit de propriété intellectuelle. La quintessence du secret d'affaires ou, en tout cas, l'un des types de secrets d'affaires faisant l'objet du plus grand

nombre de contentieux (19), c'est la liste de clients. Or, pour ce type d'information confidentielle, il est difficile de considérer que la protection par le secret anticipe une protection par un droit intellectuel : il s'agit d'une information dénuée des qualités qui déclenchent la protection par un droit intellectuel formel (20). Lorsque le secret ne peut générer un objet formellement protégeable par une propriété intellectuelle, le maintien du secret peut constituer la seule fin(alité) de la protection.

§ 8. *Questions de terminologie*

Pour désigner les informations confidentielles protégées, les dispositions légales, les entreprises et les universitaires utilisent des termes variés : « renseignements non divulgués », « informations commerciales confidentielles », « savoir-faire », « technologie propriétaire », « secret commercial », « secret de fabrique », etc. Dans sa proposition, la Commission a choisi d'utiliser le concept de « secrets d'affaires ». Le terme de « secret de fabrique » n'est pas apparu adéquat car daté et trop lié au secteur industriel. Or, la protection du secret apparaît essentielle dans le secteur des services (représentant 70 % du PIB européen) où rien n'est « fabriqué ». Le secteur manufacturier a davantage recours aux droits de propriété intellectuelle formels comme le brevet ou le dessin ou modèle.

§ 9. *Le secret, une protection très valorisée par les entreprises mais mal couverte par la législation*

Il est acquis que les petites et moyennes entreprises (PMEs) s'appuient essentiellement sur le secret (de leur plan d'affaires, d'informations relatives à leurs services, d'études de marché, etc.). Les entreprises de plus grande taille disposent, elles, de ressources pour déposer, gérer et faire respecter des droits intellectuels. D'où le paradoxe relevé dans le considérant 2 de la proposition de directive : outil sans doute « le plus utilisé par les entreprises » (not. par les PME), le secret d'affaires est aussi « le moins protégé par le cadre juridique de

(19) Voy. en tout cas les chiffres pour le contentieux aux États-Unis : D. S. ALMELING *et al.*, « A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in State Courts », 46 *Gonz. L. Rev.*, 2011, p. 72, note 2.

(20) Sauf peut-être le droit *sui generis* sur les bases de données consacré en Europe par la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données (à condition de pouvoir établir un investissement spécifique dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu, ce qui reste très hypothétique dans le cas d'une liste de clients).

l'Union ». Davantage que d'autres projets portés par la Commission, notamment en matière de brevet, la proposition de directive secrets d'affaires peut invoquer l'intérêt des PME.

SECTION 2. ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE SECRETS D'AFFAIRES

§ 1. *Structure de la proposition de directive*

La proposition de directive comprend quatre chapitres : le chapitre 1^{er} (« Objet et champ d'application ») contient des définitions, notamment du secret d'affaires, le chapitre 2 définit les trois actes illicites (« Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires »), les deux derniers chapitres (intitulés respectivement « Mesures, procédures et réparations » et « Sanction, rapports et dispositions finales ») précisent quelles mesures doivent être prévues contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires. Les deux premiers chapitres délimitent le champ de la protection, les deux derniers chapitres prévoient les mesures civiles de mise en œuvre.

§ 2. *Recette de la proposition de directive : prendre une définition connue des secrets d'affaires et ajouter certaines mesures et ingrédients prévus pour la mise en œuvre des droits intellectuels*

La définition du « secret d'affaires » à l'article 2(1) de la proposition de directive reproduit à l'identique les termes de l'article 39(2) de l'Accord dit ADPIC (TRIPs en anglais) faisant partie de l'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (seul changement : le texte de l'ADPIC se réfère aux « renseignements non divulgués », alors que le texte de la Commission définit les « informations » secrètes⁽²¹⁾). Si la définition du « secret d'affaires » contenue dans la proposition est connue et communément admise, la Commission innove cependant en étendant la protection aux « produits en infraction », c'est-à-dire aux produits qui bénéficient de secrets d'affaires illicitement appropriés. On y reviendra. S'agissant des sanctions et procédures civiles pour violation de la protection du secret, où « il n'existe pas

(21) Le terme « renseignements » aurait sans doute été mal perçu vu le contexte un peu tendu et les accusations d'espionnage international...

de cohérence » entre les droits des États membres (considérant 5), notamment en matière d'injonctions de ne pas faire à l'égard de tiers non concurrents, la proposition de directive reprend certaines des mesures conférées aux titulaires de droits intellectuels par la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle(22). La panoplie de mesures est toutefois réduite puisque les mesures de préservation des preuves, y compris la procédure de saisie-contrefaçon (ou les *Anton Piller* connus au Royaume-Uni(23)) permettant d'obtenir une information utile sur l'origine et l'importance de la contrefaçon, ainsi que les ordres permettant de saisir les biens du défendeur pour assurer le paiement des dommages-intérêts(24), ne sont pas des mesures que les États membres devront prévoir en cas de violation des secrets d'affaires.

§ 3. *Objet de la protection : le secret d'affaires*

Le terme de « secret d'affaires » couvre les « informations » qui :

- a) « sont secrètes » au sens qu'elles « ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux » concernés ou « ne leur sont pas aisément accessibles »,
- b) « ont une valeur commerciales parce qu'elles sont secrètes » et
- c) « ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables(25) ... destinées à les garder secrètes » (art. 2(1)).

Selon le considérant 8, « cette définition devrait exclure les informations courantes et ne devrait pas être étendue aux connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et à celles qui sont généralement connues de

(22) *J.O.*, L 195/16 du 2 juin 2004.

(23) Que la violation de secrets d'affaires ne doive pas ouvrir la possibilité de demander en justice des *Anton Piller* (une saisie-description obtenue unilatéralement) est d'autant plus étonnant que ces mesures ont pour la première fois été octroyées par un juge anglais dans une affaire impliquant une violation du secret commercial. Voy. à ce propos, A. STROWEL et V. HANLEY, « The Anton Piller Case and Its Legacy : In Search of a Balance in Civil Search », in C. HEATH and A. KAMPERMAN SANDERS (eds), *Landmark Intellectual Property Cases and Their Legacy*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2011, pp. 105-120.

(24) De telles mesures sont respectivement prévues aux art. 7 et 10 de la directive 2004/48 sur la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

(25) Les « dispositions » visant à préserver le secret (au pt c) visent les mesures concrètes telles que les badges d'accès à certaines zones sensibles, l'aménagement des accès informatiques à certaines données stockées, l'imposition de clauses de confidentialité aux travailleurs de l'entreprise, etc.

personnes appartenant aux milieux qui traitent habituellement le type d'informations en question ou leur sont aisément accessibles ». La définition identique des « renseignements non divulgués » au niveau international n'a pas fait l'objet d'une interprétation par un panel d'experts dans le cadre de la procédure de règlement des conflits de l'OMC. Une fois adoptée, la définition communautaire pourra faire l'objet d'une interprétation par la Cour de Justice de l'UE, et l'on peut identifier là un des apports principaux de la future directive qui fait basculer une notion tirée du droit international vers le droit européen, tout en permettant son affinement par les juges de Luxembourg (26).

§ 4. *Objet des mesures de protection : les « produits en infraction »*

Plus innovante, et interpellante à divers égards, la définition des « produits en infraction » : « les produits dont le dessin ou modèle, la qualité, le procédé de fabrication ou la commercialisation bénéficient notablement [en anglais : « significantly benefit »] d'un secret d'affaires obtenu, utilisé ou divulgué de façon illicite » (art. 2(4)). Le rapport entre le secret et les produits qui l'intègrent ou en bénéficient n'est pas davantage défini. L'extension de la protection à ces produits dérivés du secret risque de poser problème : le chef cuisinier qui a mis au point une recette soigneusement sauvegardée pourra-t-il faire interdire les préparations d'un restaurateur concurrent qui aurait illicitement obtenu et utilisé la recette restée secrète ? Et surtout comment prouver le « bénéfice notable » tiré du secret ? L'inclusion des produits dérivés du secret dans le champ de la protection ne va-t-elle pas conduire à un élargissement injustifié du champ des actions en justice pour protéger le secret ? Ne suffira-il pas de démontrer qu'une entreprise a eu illicitement accès à une liste secrète de fournisseurs ou de clients pour interdire la mise sur le marché de ses produits (dont « la commercialisation bénéficie notablement » du secret) ? L'extension de la protection aux « produits en infraction » pourrait susciter des vocations à agir en justice, tout comme le levier qu'offre le brevet a généré les désormais célèbres « patent trolls » (27)

(26) Il serait utile de comparer cette définition à celle existant en droit national. Pour le droit belge, voy. les développements dans B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 636 et s.

(27) Voy. les billets de P. BELLEFLAMME et A. STROWEL sur www.ipdigit.eu et not. A. STROWEL, *Les 'patent trolls' bientôt sur le marché européen ?*, 25 octobre 2013.

qui s'efforcent de monétiser, sous la menace d'une injonction en justice, les brevets, pas toujours de bonne qualité, qu'ils ont acquis.

Autre étrangeté de cette définition des « produits en infraction » : on inclut les produits « dont le dessin ou modèle » bénéficie notablement du secret. Faut-il y voir un nouveau moyen d'agir en justice contre la reprise de l'apparence des produits, en principe déjà suffisamment protégée par le droit des dessins ou modèles sous ses diverses formes (le dessin ou modèle national et les deux types de dessin ou modèle communautaire), le droit d'auteur, le droit des marques tridimensionnelles et le droit de la concurrence déloyale ?

La définition des « produits en infraction » pourrait faire problème. Le terme français « en infraction » utilisé pour traduire l'anglais *infringing* est lui-même source de confusion (une infraction renvoyant en principe au droit pénal). Gageons que cette définition sera sensiblement amendée lors du travail d'adoption de la directive.

§ 5. *Titulaires de la protection*

L'article 2 définit le détenteur du secret d'affaires comme celui qui en a « licitement le contrôle ». Cette définition permet une défense du secret d'affaires « non seulement par son détenteur initial, mais aussi par les titulaires d'une licence » (exposé des motifs, p. 8). La proposition de directive ne s'aventure pas à prévoir des dispositions quant aux contrats relatifs aux secrets d'affaires, mais suppose qu'il est possible de passer un contrat et que le licencié du secret a lui aussi la possibilité d'agir au civil pour protéger l'avantage contractuellement conféré. Il restera à définir ce qu'il faut entendre par « contrôle » ; ce sera la plupart du temps une personne morale qui disposera de la faculté de contrôler à travers la mise en place d'un dispositif d'accès et de sécurité. Cela dit, une personne physique (un chef cuisinier) pourra jouir le cas échéant du contrôle sur l'information secrète (la recette).

§ 6. *Étendue de la protection : l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*

L'article 3(1) permet donc de demander des mesures « afin d'empêcher l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires ou d'obtenir réparation pour un tel fait ». Comme le notait

d'ailleurs la réponse des autorités françaises à la consultation publique de la Commission européenne, « la recherche des secrets des concurrents n'est pas fautive en elle-même ; elle le devient seulement lorsqu'elle est réalisée par des moyens déloyaux » ou illicites (par ex. embauche de personnel pour recueillir des secrets de fabrication).

Les paragraphes (2) à (5) de l'article 3 définissent le caractère illicite (i) des actes d'obtention, (ii) des actes d'utilisation ou de divulgation et (iii) des actes par rapport aux produits en infraction. Il faut en général que l'acte soit commis « intentionnellement » ou « à la suite d'une négligence grave ».

i) L'acte d'obtention est illicite s'il résulte d'un « accès non autorisé », « d'un vol », « d'un acte de corruption », « d'un abus de confiance », du non-respect d'une obligation (contractuelle), de « tout autre comportement...contraire aux usages honnêtes commerciaux ». Ce sont donc des obligations prévues dans le droit pénal (vol, corruption, etc.), le droit des contrats (violation d'une clause de confidentialité) ou le droit de la concurrence déloyale qui détermineront le caractère illicite de l'acte de divulgation. La proposition de directive renvoie donc ici aux dispositions existantes dans le droit des États membres, sans s'aventurer dans une définition de ces obligations et incriminations pénales. D'où l'effet d'harmonisation limité de la proposition de directive.

ii) Les actes d'utilisation et de divulgation sont illicites lorsqu'ils sont commis par des personnes qui n'ont pas le droit d'obtenir ou d'utiliser le secret d'affaires. La protection s'étend aussi à la personne qui « savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret a été obtenu », utilisé ou divulgué « de façon illicite ».

iii) Enfin, « la production, l'offre et la mise sur le marché intentionnelles et délibérées de produits en infraction, ainsi que l'importation, l'exportation et le stockage à ces fins de produits en infraction, sont considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires ». Cette présomption d'illicéité de divers actes relatifs aux « produits en infraction » n'est pas claire et va sans doute trop loin, d'autant plus que la définition de ces produits (voy. ci-dessus) laisse beaucoup de champ libre pour des actions en justice susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence.

En vertu de l'article 4(1), certains actes de divulgation seront *licites*, notamment s'ils résultent des droits des représentants des travailleurs (point c)) ou de pratiques « conformes aux usages honnêtes en matière commerciales » (point d)). On ne peut s'empêcher de penser que l'ajout de cette dernière exception est redondant par rapport au critère permettant de déterminer le caractère illicite. L'article 4(1) sur les exceptions mériterait d'être revu pour partie. De même, mais on y reviendra ci-après, l'article 4(2) qui délimite les cas empêchant d'exercer les mesures et procédures prévues pour protéger les secrets reste assez vague, ce qui pourrait paralyser l'exercice des actions pour atteinte aux secrets.

§ 7. *Mesures civiles de protection des secrets d'affaires*

Des obligations générales, des mesures provisoires et conservatoires, des mesures résultant d'un jugement au fond et des sanctions sont respectivement prévues aux sections 1 à 3 du chapitre III et au chapitre IV.

a) **Obligations générales**

Nature des mesures : « justes et équitables », proportionnelles, « effectives et dissuasives ». Les articles 5 et 6 prévoient les qualités générales que doivent respecter les « mesures, procédures et réparations », notamment qu'elles soient « justes et équitables », « pas inutilement complexes ou coûteuses », « effectives et dissuasives », appliquées de manière « proportionnée », et non abusives. En cela, la proposition de directive suit l'article 3 de la directive 2004/48 (et l'art. 41 de l'accord ADPIC) imposant aux mesures pour atteinte à un droit intellectuel de respecter certaines exigences.

Protection des secrets au cours des procédures. L'un des apports importants de la directive, notamment pour la Belgique, est l'article 8 qui entend protéger les secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires(28). L'obligation s'appliquerait à toute personne parti-

(28) L'explication de cette règle se trouve au considérant 14 : « *La perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une action en justice décourage souvent son détenteur légitime d'engager des poursuites pour le défendre, ce qui nuit à l'efficacité des mesures et réparations prévues. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, moyennant des mesures de sauvegarde garantissant le droit à un procès équitable, des exigences spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires en cause pendant les actions en justice intentées pour sa protection.* »

cipant à une procédure judiciaire (y compris les témoins et experts). Cependant cette obligation est limitée aux procédures judiciaires « ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illécites d'un secret d'affaire », pas aux procédures visant à protéger des droits intellectuels (en Belgique, la question de la confidentialité fait notamment problème en cas de procédure en saisie-description). Les mesures pouvant être prises incluent des restrictions d'accès à certains documents ou aux audiences, l'utilisation de versions non confidentielles de décisions judiciaires ou la limitation de la communication de certaines pièces confidentielles au représentant légal de l'autre partie (pas à la partie elle-même) ou à l'expert soumis à une obligation de confidentialité.

b) Mesures provisoires et conservatoires

Les articles 9 et 10 imposent aux États membres des obligations assez proches de celles prévues à l'article 9 de la directive 2004/48 pour les droits intellectuels formels. Il doit être permis d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires, telles que la cessation ou l'interdiction provisoire de l'utilisation d'un secret. On pourra aussi interdire la commercialisation de « produits en infraction » ou les saisir, y compris s'il s'agit de produits importés. On peut imaginer que certains soient tentés d'utiliser ces mesures provisoires pour bloquer l'importation de produits en provenance de pays où l'on peut soupçonner qu'il y a eu violation du secret d'affaires (pensons à la Chine...). Certes l'article 10(2) requiert des autorités judiciaires amenées à prendre une telle mesure « qu'elles évaluent son caractère proportionné, aient l'obligation de prendre en considération la valeur du secret d'affaires, les mesures prises pour le protéger, le comportement du défendeur lors de l'obtention, de la divulgation ou de l'utilisation dudit secret, l'incidence de la divulgation ou de l'utilisation illécites dudit secret, les intérêts légitimes des parties et les incidences que la décision de faire droit à la demande ou de la rejeter pourrait avoir sur ces parties, sur les intérêts légitimes des tiers, sur l'intérêt public et sur la protection des droits fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'information ». Cela laisse une très large marge d'appréciation au juge, ce qui n'est pas sans risque pour la sécurité juridique (notamment des importateurs). Ce volet de la protection mérite encore réflexion de façon à assurer la sécurité des

parties et à éviter des distorsions du commerce international. Pour le reste, des mesures de garantie (sûreté) et sauvegarde (nécessité d'agir au fond dans un certain délai) sont prévues comme dans la directive 2004/48.

Grande lacune toutefois si l'on compare la proposition de directive secrets d'affaires à la directive 2004/48: rien n'est prévu pour pouvoir s'assurer les preuves d'une atteinte (les art. 6 et 7 sur la possibilité d'ordonner à l'autre partie la production d'éléments de preuve ou d'obtenir une saisie-description à des fins de conservation des preuves ne sont pas repris). On peut s'en étonner d'autant que les parties intéressées avaient mis en évidence la nécessité d'inclure des mesures facilitant la preuve d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite de secrets d'affaires (29).

c) Mesures au fond

Les articles 11 à 14 énumèrent les mesures qu'un juge au fond doit pouvoir ordonner en cas de violation d'un secret d'affaires. On retrouve les injonctions et mesures correctives (art. 11), les dommages-intérêts (art. 13) et la publication des décisions judiciaires (art. 14). En cela, la proposition de directive transpose *grosso modo* aux secrets d'affaires ce que les articles 10, 11, 12, 13 et 15 de la directive 2004/48 prévoient pour les droits intellectuels. On renvoie donc aux commentaires des articles de la directive « mise en œuvre » de 2004. Précisons que des mesures correctives diverses (cessation, rappel des produits, destruction, etc.) peuvent être obtenues au fond à l'encontre des « produits en infraction » (voy. art. 11(1) et (2)(30)). Des mesures de sauvegarde sont toutefois prévues à l'article 12. S'agissant des dommages-intérêts, ils sont compensatoires et peuvent être calculés de diverses manières (pertes subies par le demandeur, profits illicites du contrevenant, référence aux redevances en cas de licence), tout comme en cas d'atteinte à un droit intellectuel. Les dommages-intérêts peuvent seulement être obtenus si le défendeur sait (ou doit savoir) qu'il a obtenu, divulgué ou utilisé de manière illicite un secret

(29) Voy. par ex. le *Report on the European Commission Conference of 29 June 2012 « Trade secrets : Supporting innovation, protecting know-how »*, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/conference20120629/ts_summary_consolidatedfinal20120913_en.pdf.

(30) Le texte n'est pas toujours clair. Par ex., que faut-il entendre par « la suppression de la caractéristique qui met les produits en infraction » (art. 11(2), c) ?

d'affaires ; pas de dommages-intérêts en revanche à l'encontre d'une partie qui a commercialisé des « produits en infraction ».

§ 8. *Protection des secrets et droits fondamentaux à l'information*

L'analyse d'impact de la proposition de directive prend le soin de préciser que la proposition n'aura pas d'incidence négative en matière de droits fondamentaux, mais ajoute qu'elle « promouvra le droit de propriété et la liberté d'entreprise » (consacrés aux art. 17 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE), tout en garantissant la liberté d'expression et d'information. En vertu de l'article 4(2) de la proposition, « un usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information » peut paralyser la demande des mesures de protection des secrets d'affaires. La formule reste vague, ainsi que les autres causes de neutralisation telles que « la protection d'un intérêt légitime » (art. 4(2)e)) ou « le respect d'une obligation non contractuelle » (art. 4(2)d)) ou la révélation d'une faute ou fraude du requérant (art. 4(2)b)). (La directive ajoute encore comme cause de rejet d'une demande « la divulgation du secret d'affaires par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation » (art. 4(2)c)).

Il est vrai que la pondération à trouver entre protection des secrets et droits fondamentaux est davantage une affaire pour la jurisprudence que pour le législateur. On retrouve ici l'évolution générale du droit qui, au cours des dernières décennies, a multiplié les droits fondamentaux (peu de demandes en justice sont dépourvues de fondement dans les textes et chartes des droits fondamentaux) au point de laisser toutes les questions délicates aux juges amenés à réaliser des balances entre ceux-ci.

a) Pondération avec les exigences de transparence dans la directive secrets d'affaires

Les articles de la directive n'abordent pas la question de l'équilibre à trouver entre protection des secrets et promotion de la transparence dans l'accès aux documents. Où le droit privé (à contrôler une information confidentielle) entre directement en conflit avec un intérêt public (à faire circuler l'information utile au public). La

proposition de directive évoque toutefois la question dans son considérant 9 qui mérite d'être cité intégralement :

« Il est également important de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale se justifie. Pour cette raison, il est nécessaire de déterminer quels comportements et pratiques doivent être réputés constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicites d'un secret d'affaires. La divulgation par les institutions et organes de l'Union ou par les autorités publiques nationales d'informations commerciales qu'ils détiennent en vertu des obligations du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil ou d'autres réglementations en matière d'accès aux documents ne devrait pas être considérée comme la divulgation illicite d'un secret d'affaires. »

Dans sa proposition, la Commission a donc pris position sur l'équilibre entre protection du secret et promotion de l'accès aux documents, puisqu'elle semble présupposer que toute communication ou divulgation d'un secret d'affaires imposée par les règles tant européennes que nationales en matière de transparence administrative n'est pas illicite. On peut s'attendre à ce que de larges segments de l'industrie, notamment l'industrie pharmaceutique (avec les exigences de transparence quant au contenu des dossiers de demande d'autorisation de mise sur le marché) et l'industrie chimique (avec les exigences de transparence résultant du programme REACH), contestent l'insertion de ce considérant 9. On peut parier sur un compromis politique qui laissera aux tribunaux et tout particulièrement à la C.J.U.E. de trancher cet épineux problème.

Le considérant 9 est étonnant en ce qu'il semble également viser « la divulgation ... par les autorités publiques nationales d'informations commerciales » en vertu « d'autres réglementations » (not. nationales ?) que le règlement (CE) n° 1049/2001 *relatif* à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission⁽³¹⁾ (le « règlement transparence »). Est-ce à dire que la proposition de directive secrets d'affaires va écarter les règles nationales en matière de transparence administrative, lesquelles pourraient

(31) Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (*J.O.*, L 145 du 31 mai 2001, p. 43).

préservé davantage la protection des informations confidentielles communiquées dans le cadre de relations avec une administration publique (marchés publics, autorisation de médicaments ou d'autres produits, mesures environnementales, etc.) ? Cette référence aux instances publiques nationales semble incorrecte sur le plan de la répartition des compétences entre niveau communautaire et national et sera sans doute contestée.

b) Exception pour secrets d'affaires dans le règlement sur la transparence administrative

En droit européen, le règlement transparence définit les exigences de publicité pour les institutions européennes. En conférant un droit d'accès du public aux documents(32), les règles de transparence des institutions – on parle communément de « transparence administrative » – contribuent à renforcer les principes d'une démocratie ouverte(33), ainsi que le respect des droits fondamentaux. Le Règlement précise bien que l'exigence de publicité s'applique à tous les documents(34) « détenus » par une institution, y compris ceux « reçus par elle et en sa possession » (art. 2(3)). Un traitement particulier est réservé aux documents dits sensibles, qui sont classifiés SECRET ou CONFIDENTIEL parce qu'ils protègent « les intérêts fondamentaux » de l'Union ou de ses États membres, en particulier en matière de sécurité publique et de défense (art. 9). Par ailleurs, « certains intérêts publics et privés » sont garantis par le biais d'un régime d'exceptions prévues à l'article 4(1) : ainsi, le refus de donner accès à un document est justifié « dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection : a) de l'intérêt public, en ce qui concerne : la sécurité publique, la défense et les affaires militaires, les relations internationales, la politique financière, monétaire ou économique de la Communauté ou d'un État membre ; b) de la vie privée et de l'intégrité de l'individu ». C'est à l'article 4(2), premier

(32) Le système repose sur une demande écrite d'accès.

(33) Comme le rappelle son considérant 1^{er} : « Le traité sur l'Union européenne consacre la notion de transparence dans son art. 1^{er}, deuxième alinéa, selon lequel le traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens ».

(34) Un document est défini comme : « tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) concernant une matière relative aux politiques, activités et décisions relevant de la compétence de l'institution » (art. 3(a)).

tiret, que l'on trouve l'exception pour secrets commerciaux (qui est ici incluse par référence à la « propriété intellectuelle » (35)) :

« Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection :

– des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle (...) à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé » (art. 4(2)).

SECTION 3. CONCLUSIONS : LA PROPOSITION DE DIRECTIVE NE CRÉE PAS UN DROIT EXCLUSIF NOUVEAU, MAIS PRÉVOIT UNE ACTION ET DES MESURES CIVILES QUI RAPPROCHENT LA PROTECTION D'UNE QUASI PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Rejetant l'objection d'une éventuelle restriction de concurrence, le considérant 10 souligne que « les dispositions de la présente directive ne devraient [pourquoi ce conditionnel ?] créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires » (36), et que les concurrents du détenteur du secret « devraient [pourquoi à nouveau ce conditionnel, dont la prudence révèle peut-être une hésitation ?] être libres de soumettre à ingénierie inverse tout produit obtenu de façon licite » (37). À suivre le texte de la Commission, il serait donc faux de dire que la proposition crée un nouveau droit intellectuel. En tout cas, elle n'offre pas de protection contre l'ingénierie inverse (art. 4(1) b)) ou l'obtention indépendante des secrets. L'article 4(1) a) précise bien que l'obtention est licite si elle résulte « d'une découverte ou d'une création indépendante » (38). Mais on peut avoir un droit intellectuel même si l'on ne peut interdire

(35) Cela n'implique pas qu'il faille ranger la protection des secrets d'affaires parmi les droits intellectuels formels. De manière similaire, l'inclusion de l'art. 39 sur la protection des informations confidentielles dans l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) ne doit pas conduire à assimiler secrets d'affaires et droits intellectuels exclusifs.

(36) Voy. aussi l'exposé des motifs (p. 6) précisant, cette fois à l'indicatif, que « l'octroi de droits exclusifs n'est pas prévu » par la directive.

(37) Voy. aussi l'exposé des motifs précisant que tout concurrent restera « libre d'obtenir de façon indépendante (y compris par ingénierie inverse) les connaissances protégées par le secret d'affaires » (p. 6 de l'exposé des motifs).

(38) Selon le considérant 10, « il devrait donc rester possible de découvrir indépendamment les mêmes savoir-faire et informations ».

la création indépendante (c'est le cas du droit d'auteur ou du dessin ou modèles communautaire non enregistré).

Cela dit, il est correct de considérer que la protection des secrets prévue par la proposition de directive n'est pas assimilée aux autres droits intellectuels, entre autres parce que tous les moyens d'action et mesures dont bénéficient les titulaires de droits intellectuels en vertu de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle* ne sont pas garantis à ceux qui peuvent invoquer une violation du secret. En outre, quand la proposition de directive traite de la durée de la protection, elle prend le soin de préciser qu'il s'agit d'un « délai de prescription » (art. 7) – non un délai de protection – de deux ans au plus⁽³⁹⁾ à compter de la date à laquelle le requérant a pris connaissance du dernier fait constituant une obtention, une utilisation ou une divulgation illícite du « secret d'affaires ». Cela aussi laisse entendre que la directive confère une action en justice (donc un droit d'agir) plus qu'un droit intellectuel dont la durée (et d'autres facettes) serait prédéterminée. Mais la distinction ne doit pas être tenue pour absolue : en précisant les conditions d'exercice de l'action (définition du secret, caractère illicite des actes répréhensibles, délai de prescription, etc.), la directive définit les contours d'un droit d'agir qui s'éloigne d'une maxime générale sur le comportement (à l'instar du grand principe du Code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », utilisé en France pour protéger les secrets commerciaux). En outre, l'inclusion des « produits en infraction » dans le champ de la protection révèle une forme d'« objectivisation » de la protection : contrairement à la protection offerte par le droit de la concurrence déloyale (ou de la responsabilité extracontractuelle), lequel vise en principe seulement à sanctionner une conduite illicite, le cadre de la proposition de directive semble s'étendre aux objets incorporant le secret, puisqu'elle permettrait d'obtenir des mesures à l'encontre des « produits en infraction » (voy. ci-dessus). Cette extension de la protection tend donc à créer une quasi-propriété intellectuelle ou un

(39) Ce délai relativement court est censé générer un « devoir de diligence » (considérant 13). On peut se demander s'il n'est pas trop court compte tenu des délais qui existent en droit national (par ex. délai de prescription de 10 ans en Belgique et de 6 ans au Royaume-Uni pour violation d'une obligation contractuelle (par ex. de confidentialité) ou délai de 5 ans en Belgique si l'action est basée sur la responsabilité délictuelle).

« droit *sui generis* », en tout cas un régime qui ne se limite pas à sanctionner une conduite, mais s'étend aux produits dérivés. Cela n'a du reste rien d'étonnant, le droit de la concurrence déloyale (dont s'inspire en partie la proposition de directive) est lui-même toujours partagé entre une protection vis-à-vis d'une conduite ou par rapport à un objet (40). Il n'y a pas non plus de frontière stricte entre un droit subjectif (une propriété-maîtrise) et une action en justice (un intérêt légitimement protégé en justice) (41).

Chapitre 2. Les interactions entre les droits intellectuels et les secrets d'affaires

SECTION 1. RÉFLEXIONS INTRODUCTIVES

Nous avons vu ci-dessus que la proposition de directive sur les secrets d'affaires ne crée pas un nouveau droit intellectuel mais une forme de protection qui s'apparente à un quasi-droit intellectuel. Par ailleurs, l'exposé des motifs de la proposition mentionne que le secret d'affaires se trouve en amont de tout droit intellectuel (42). Enfin, la protection des renseignements non divulgués est intégrée dans la partie 2 de l'Accord ADPIC (43), à savoir celle consacrée aux « normes concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle ». Dans le cadre de cet Accord, la protection

(40) Le droit de la concurrence déloyale lui-même hésite quelque peu entre une protection orientée vers une conduite illicite ou portant sur certains objets (dont la reprise ou l'imitation serait illicite). Voy. à ce propos A. KUR, « What to Protect, and How ? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection *Sui Generis* », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, 2013, n° 13-12, disponible sur www.ssrn.com.

(41) Voy. Fr. OST, *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, t. II, *Droit et intérêt*, Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1990, 202 p. Voy. aussi Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 894 p.

(42) Exposé des motifs de la proposition de directive sur les secrets d'affaires, pp. 2 et 3.

(43) Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994, approuvé par la loi du 23 décembre 1994, *M.B.*, 23 janvier 1997, p. 1172. Cet Accord a également été approuvé par une décision CE/94/800 du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, L 336 du 23 décembre 1994, p. 214.

des secrets d'affaires est formellement considérée comme ressortissant à la propriété intellectuelle.

Il ressort de ces observations que la protection des secrets d'affaires se situe à la périphérie des droits intellectuels, ce qui soulève la question des rapports entre les secrets d'affaires, d'une part, et les droits intellectuels, d'autre part.

Ainsi que la Commission l'a relevé dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, le droit intellectuel peut prendre le relais du secret d'affaires. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur le cumul de protection. *Prima facie*, rien ne permet d'exclure que les protections par le secret et par un droit intellectuel puissent se cumuler. Dès lors que droits intellectuels et secrets d'affaires sont amenés à interagir, se pose la question d'un éventuel conflit entre le droit intellectuel et le secret d'affaires lorsque les personnes fondées à invoquer une protection de l'information au titre du droit intellectuel ou du secret d'affaires sont différentes. Nous examinons ici successivement ces questions de cumul et de conflits.

SECTION 2. EXAMEN DES CUMULS DE PROTECTIONS PAR LE DROIT INTELLECTUEL ET PAR LE SECRET D'AFFAIRES

§ 1. *Les possibilités de cumuls*

Le cumul de protection par le droit intellectuel et par le secret d'affaires est exclu lorsque la naissance ou l'exercice du droit intellectuel suppose que son objet soit rendu accessible aux personnes qui s'occupent normalement du genre d'informations en question. Dans ce cas, l'objet du droit intellectuel n'est plus secret (*cf. infra*) (44).

Ce type de situation se rencontrera à l'égard de tous les droits intellectuels dont la naissance requiert l'accomplissement d'une formalité générant une forme de publicité, à savoir un enregistrement dans un registre publiquement accessible : les brevets (45), les dessins

(44) Voy. art. 2, 1°, a), de la proposition de directive sur les secrets d'affaires.

(45) Art. 64, 67, 93 et 98 de la Convention de Munich (Convention sur la délivrance de brevets européens signée à Munich le 5 octobre 1973 telle que révisée par l'acte portant révision de l'art. 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000, approuvée par la loi du 8 juillet 1977, *M.B.*, 30 septembre et 7 octobre 1977 et par la loi du 21 avril 2007 portant assentiment à l'Acte portant révision de la Convention sur la délivrance du brevet européen du 5 octobre 1973, révisée en dernier lieu le 17 décembre 1991, fait à Munich le 29 novembre 2000,

et les modèles (46), les marques (47), les obtentions végétales (48), les indications géographiques et les appellations d'origine (49).

Le cumul de protection sera envisageable lorsque le droit intellectuel pourra exister sans que la divulgation de son objet soit légalement requise. Tel pourra être le cas en matière de droits d'auteur, en matière de bases de données et à l'égard de certaines topographies de produits semi-conducteurs (50).

Dans le cadre de cette contribution, nous traitons principalement du cumul entre le secret et le droit d'auteur compte tenu de son impact important pour la pratique. Nous examinons aussi la question du cumul du secret et des bases de données. Nous formulons au préalable quelques observations sur les liens entre le secret et le brevet.

§ 2. *Le cumul de protection par le brevet et par le secret d'affaires*

Nous avons relevé que le cumul de protection d'une information par le brevet et par le secret d'affaires semble inenvisageable au motif que la délivrance d'un brevet suppose une divulgation de l'invention. Le dépôt d'une demande de brevet oblige le déposant

M.B., 4 septembre 2007). Concernant le droit des brevets, voy. les commentaires complémentaires ci-dessous.

(46) Voy art. 7, 11 et 12 du règlement 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (*J.O.C.E.*, L 3, 5 janvier 2002, p. 1). On relèvera que les dessins et modèles non enregistrés ne sont également protégés que s'ils ont été divulgués au public. Voy. art. 3.5, 3.11 et 3.14 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (approuvée par la loi belge du 22 mars 2006 portant assentiment à la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles), faite à La Haye le 25 février 2005, *M.B.*, 26 avril 2006) – CBPI.

(47) Voy. art. 6, 39, 45, 46, 87 et 89 du règlement 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire (*J.O.U.E.*, L 78 du 24 avril 2009, p. 1). Voy. art. 2.2 et 2.9 CBPI.

(48) Voy. art. 62, 87, 88 et 89 du règlement 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (*J.O.C.E.*, L 227, 1^{er} septembre 1994, p. 1).

(49) Voy. art. 7 du règlement 510/2006 du Conseil du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (*J.O.U.E.*, 31 mars 2006, L 93, p. 12).

(50) Voy. art. 4 et 7 de la directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (*J.O.C.E.*, 27 janvier 1987, L 24, pp. 36-40). Ces dispositions laissent la faculté aux États membres d'exiger l'enregistrement des topographies pour que celles-ci soient effectivement protégées sur leur territoire national. Lorsque l'enregistrement de la topographie n'est pas requis, la protection naîtra soit de la première exploitation commerciale de la topographie (ce qui implique sa divulgation et la destruction du secret), soit de sa première fixation ou codification (ce qui n'implique pas la divulgation de la topographie). La Belgique a choisi cette dernière option (voy. art. XI.327 du Code de droit économique). Compte tenu de l'impact pratique très limité de ce régime de protection, nous ne commenterons pas la question de son cumul avec le secret dans la présente contribution.

à divulguer l'invention de manière « claire et complète » (51), sous peine de voir son brevet annulé (52). La demande de brevet et, le cas échéant, le brevet délivré seront ultérieurement publiés et mis à la disposition du public (53). Ces actes de divulgation de l'invention et de publication anéantiront à coup sûr le caractère secret de l'invention. Une information d'affaires ne peut donc à la fois faire l'objet d'un brevet et d'un secret.

On rappellera ici que si le droit des brevets exige une divulgation de l'invention claire et complète, il n'impose nullement au déposant de divulguer la meilleure manière (*best mode*) de mettre l'invention en œuvre. Dans la pratique, le déposant divulguera dans la demande de brevet tout ce qui est nécessaire pour obtenir le droit exclusif tout en conservant secrètes les informations qui permettent d'optimiser l'utilisation de l'invention. De cette manière, le déposant conservera toujours un avantage sur ses concurrents – il sera le seul à connaître la meilleure manière d'exploiter l'invention – une fois que le brevet aura disparu par la suite de l'écoulement de sa durée, d'une décision de nullité ou d'une déchéance consécutive à l'absence de paiement des annuités dans les délais légaux.

Il n'est du reste pas exclu que l'inventeur préfère renoncer au dépôt d'une demande de brevet et s'en remette entièrement à la protection par le secret pour son invention. Divers motifs peuvent fonder ce choix stratégique : la rentabilité attendue de l'exploitation de l'invention peut être inférieure au coût du brevet, le secret peut sembler trop difficile à percer pour les tiers, l'imitation de l'invention peut être tellement complexe ou coûteuse qu'il paraît vraisemblable que les tiers s'en abstiendront, etc. (54)

(51) Art. XI.18, §1^{er}, du Code de droit économique – CDE (art. 17, §1^{er}, de la loi sur les brevets d'invention – LBI), art. 83 de la convention de Munich – CBE et art. 29 ADPIC.

(52) Art. XI.57, §1^{er}, CDE (art. 49, §1^{er} LBI) et art. 138 CBE. Voy. Civ. Mons, 7 février 1995, *Ing.-Cons.*, 1995, p. 77 (validité); Civ. Bruxelles, 3 février 2006, R.G. 2005/863/A (validité); Civ. Anvers, 9 avril 2004, R.G. 98/1204/A (nullité); Civ. Bruxelles, 5 septembre 2002, *Ing.-Cons.*, 2002, p. 308 (nullité); Civ. Liège, 7 septembre 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 297 (validité); Civ. Liège, 6 décembre 2007, *I.C.I.P.*, 2008, p. 118 (validité); Civ. Gand, 12 juin 2002, *I.R.D.I.*, 2003, p. 122, note R. PEETERS et B. VANDERMEULEN : « De equivalentieeler in de Belgische octrooirechtspraak ».

(53) Art. 64, 67, 93 et 98 CBE.

(54) Quant au choix entre le secret et le brevet, voy. L. VAN BUNNEN, « Secret ou divulgation ? Le choix entre protection du savoir-faire et du brevet », in P. VANCRAESBEEK (dir.), *Problemen van octrooirecht*, C.I.R., vol. 6, Bruxelles, Kluwer, 1994; M. DE BRABANTER, « Licence ou recherche ? Brevet ou secret ? », *Ing.-Cons.*, 1980, pp. 53-66; Centre Paul Roubier, *La propriété industrielle et le secret*, C.E.I.P.I., vol. 40, Paris, Litec, 1996; W. M. LANDES et R. A. POSNER, *The Economic Struc-*

Si le secret et le brevet s'opposent, ils n'en forment pas moins un couple inséparable en droit. Comme la Commission l'a relevé dans l'exposé des motifs de la proposition de directive(55), le secret précède le brevet. Pour être brevetable, l'invention doit être nouvelle, ce qui suppose qu'elle demeure secrète jusqu'au dépôt de la première demande de brevet. Cette condition de nouveauté s'apprécie, en droit belge et en droit européen des brevets, en regard de « l'état de la technique » : « une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique »(56). L'état de la technique « est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »(57). L'invention est donc nouvelle si elle n'a pas déjà été rendue accessible au public. Ce *critère d'accessibilité de l'information* est également celui qui détermine son caractère secret dans le cadre de la proposition de directive(58).

Au-delà de ce premier rapprochement entre la nouveauté et le secret, on relèvera que ces deux notions apparaissent dans le même traité. L'article 39 ADPIC formule une définition du secret tandis que les articles 27 à 34 ADPIC sont consacrés au droit des brevets. En particulier, l'article 27 ADPIC précise que l'invention pourra être brevetée « à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle ». Et les notions de nouveauté et d'activité inventive permettent d'identifier les critères sur la base desquels le caractère secret d'une information peut être établi.

L'article 31 de la Convention de Vienne(59) permet de tirer des conséquences juridiques du rapprochement opéré dans l'Accord

ture of Intellectual Property Law, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2003, pp. 366-369.

(55) Exposé des motifs de la proposition de directive sur les secrets d'affaires, pp. 2 et 3.

(56) Art. XI.6 CDE (art. 5 LBI) et art. 54 CBE ; art. 4 de la Convention de Strasbourg.

(57) Art. XI.6 CDE (art. 5 LBI) et art. 54 CBE. L'état de la technique comprend également le contenu des demandes de brevet déposées mais non encore publiées à la date du dépôt de la demande de brevet pour laquelle la nouveauté est examinée. Cet élément de l'état de la technique est spécifique au système des brevets et nous n'en tiendrons pas compte ici.

(58) Voy. art. 2, 1°, a), de la proposition de directive sur les secrets d'affaires.

(59) L'art. 31 de la Convention de Vienne s'énonce comme suit : « Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à

ADPIC entre le caractère secret d'un renseignement et le caractère nouveau et inventif d'une invention. Cette disposition enseigne que les termes d'un traité s'interprètent en tenant compte de son texte, de son objet et de son contexte notamment. Le droit des brevets fait partie du texte, du contexte et de l'objet de l'Accord ADPIC de sorte que les conditions de nouveauté et d'activité inventive peuvent être utilisées pour découvrir le sens à attribuer aux termes de l'article 39 ADPIC et à la notion de secret en particulier (60).

La cohérence de l'ensemble du système des droits intellectuels de même que la cohérence interne de l'Accord ADPIC dont l'article 27.1 mentionne notamment la condition de nouveauté, commandent de ne pas considérer comme constitutif d'un renseignement secret au sens de l'article 39 ADPIC, une information qui ne serait pas nouvelle au sens de l'article 27 ADPIC. Dans cet Accord (61), la notion de nouveauté renvoie à « tout ce qui a été rendu accessible au public » tandis que la notion de secret renvoie à ce qui est « aisément accessible » aux hommes du métier. Il serait d'évidence incohérent de soutenir qu'une information peut ne pas être nouvelle au sens du droit des brevets – ce qui signifie qu'elle est accessible pour le public en général – tout en demeurant secrète – c'est-à-dire non accessible aux professionnels du secteur alors que ces derniers sont supposés être mieux informés sur les informations concernant leur profession que le public en général.

l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

(60) L'art. 31 de la Convention de Vienne stipule également que le traité doit être interprété en ayant égard à « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Pour ce qui concerne l'Accord ADPIC, il semble que le *Patent Cooperation Treaty* (PCT) constitue un traité pertinent (Traité de coopération en matière de brevets conclu à Washington le 19 juin 1970, modifié le 28 septembre 1979, le 3 février 1984 et le 3 octobre 2001, approuvé par la loi du 8 juillet 1977, *M.B.*, 30 septembre et 7 octobre 1977, entré en vigueur le 14 décembre 1981). Le traité de coopération en matière de brevets (PCT) a en effet connu une ratification très large, ayant cent quarante-deux États y ayant adhéré à ce jour. Et le PCT reprend lui aussi, les définitions préc. es de la nouveauté et de l'état de la technique (voy. art. 15 et 33 PCT et la règle 33 du règlement d'exécution du PCT).

(61) Le droit européen des brevets et la proposition de directive sur les secrets d'affaires correspondent au contenu de l'Accord ADPIC sur ce point.

Secret et nouveauté sont des notions jumelles sur le plan sémantique et sur le plan juridique. Selon nous, les critères dégagés par la jurisprudence pour l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive d'une invention devraient également pouvoir être utilisés pour apprécier le caractère secret d'un renseignement. Nous avons déjà exposé comment ce travail d'interprétation de la loi pouvait être réalisé dans une précédente contribution (62). Nous y renvoyons le lecteur non sans rappeler notre conclusion ci-dessous.

Conformément à la jurisprudence bien établie de l'O.E.B. : « une information est accessible au public même dans l'hypothèse où une seule personne non tenue au secret a eu la possibilité de prendre connaissance de l'information et de la comprendre » (63). En revanche, l'information est secrète lorsqu'elle est inaccessible aux hommes du métier sur au moins l'un des trois plans suivants : matériel, juridique et intellectuel. L'accessibilité matérielle désigne la possibilité d'obtenir physiquement l'information ; l'accessibilité juridique désigne la possibilité d'obtenir, d'utiliser et de divulguer librement et licitement l'information ; l'accessibilité intellectuelle désigne la possibilité de comprendre l'information telle qu'elle est licitement disponible.

Secret et brevet ne peuvent se cumuler. Le premier précède le second. Le premier peut-il également succéder au second ? C'est ici la question de la résurgence de la protection qui est posée, notamment par la proposition de directive sur les secrets d'affaires. Il s'agit de déterminer si la protection des secrets d'affaires pourrait bénéficier à des informations qui ont été antérieurement divulguées dans un brevet d'invention ou si, au contraire, l'octroi d'un brevet, voire la simple demande de brevet publiée, empêche définitivement toute protection de l'information antérieurement brevetée au titre du secret des affaires.

Si elle ne modifie pas fondamentalement les paramètres de la problématique, la proposition de directive cristallise ces paramètres en codifiant un certain courant jurisprudentiel qui ne semble ni stable,

(62) V. CASSIERS, « La notion de secret éclairée par le droit des brevets d'invention », in V. CASSIERS et S. GILSON (coord.), *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 53-81.

(63) O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., septembre 2013, I.C.1., p. 93. C.R.T., 27 septembre 2004, T-1081/01 ; C.R.T., 9 décembre 2008, T-229/06 ; C.R.T., 25 septembre 2008, T-1510/06 ; C.R.T., 23 juin 2009, T-1309/07 ; C.R.T., 12 mars 2012, T-2/09 ; C.R.T., 2 février 2012, T-834/09.

ni harmonisé dans les États membres de l'Union à ce jour(64), bien qu'il soit compatible avec l'article 39 ADPIC relatif à la protection des renseignements non divulgués.

La jurisprudence que la proposition de directive propose de codifier enseigne que non seulement toute obtention mais aussi toute utilisation et toute divulgation d'un secret d'affaires peut être interdite lorsqu'elle est illicite soit parce qu'elle participe ou résulte de la commission d'un acte identifié comme tel par la proposition de directive(65), soit parce qu'elle se déroule d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes(66). Le second dernier critère d'illégalité mentionné dans la directive reste relativement imprécis(67). Il comprend notamment le parasitisme, à savoir le fait de tirer *indûment* profit des prestations d'un concurrent ou de sa renommée par la copie, le caractère « indû » du profit ainsi réalisé devant être démontré en établissant l'existence de circonstances complémentaires à la copie qui rendent celle-ci illicite(68).

Prima facie, il paraît tout à fait concevable qu'une personne obtienne, utilise ou divulgue une information antérieurement brevetée à la suite d'un vol, d'une corruption, d'un abus de confiance ou d'un autre acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Nul ne peut connaître l'existence et le contenu de tous les brevets et de toutes les demandes de brevets. Il est dès lors envisageable qu'une personne ignorant l'existence de la publication de l'information dans

(64) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle. Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix », 24 mai 2011, COM (2011) 287 final, pp. 18-19. Voy. les études réalisées à la demande de la Commission européenne : H. LOVELLS INTERNATIONAL LLP (dir.), « Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) », MARKT/2010/20/D, part. 1 : « Report on Trade Secrets for the European Commission », part. 2 : « Hogan Lovells Final Report on Parasitic Copying for the European Commission », 13 janvier 2012 ainsi que L. DE MARTINIS, F. GAUDINO, T. S. RESPESS III (BAKER AND MCKENZIE), *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*. Study carried out for the European Commission (MARKT/2011/128/D), avril 2013, disponible à l'URL : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf (7 octobre 2014), pp. 24 à 26.

(65) Les al. 2 et 3 de la proposition de directive mentionnent à cet égard : le vol, la corruption, l'abus de confiance, la violation d'une obligation de confidentialité et la violation d'une obligation contractuelle encadrant l'utilisation de l'information.

(66) On précisera que tous les actes déclarés illicites par la proposition de directive sur les secrets d'affaires sont également des actes manifestement contraires aux usages commerciaux honnêtes.

(67) Voy. T. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des art. 1382 et 1383 du code civil », *R.D.C.*, 2010, pp. 563-593.

(68) Voy. Cass., 29 mai 2009, *R.A.B.G.*, 2011, p. 3.

un brevet, entreprenne de l'obtenir en commettant un acte illicite considéré à tort comme un mal nécessaire.

Comment convient-il d'appréhender ce type de situations ? Les sanctions visées dans la proposition de directive – telles que l'interdiction d'utiliser l'information illicitement captée – ont-elles ici vocation à s'appliquer ?

Répondre affirmativement à la question posée suppose que l'on accepte une certaine résurgence de la protection par le brevet : malgré la disparition du droit exclusif antérieurement conféré par le brevet (ou le rejet de la demande de brevet publiée qui ne rencontrait pas les conditions de brevetabilité), les tiers peuvent se voir interdire l'utilisation de l'information (invention).

Une réponse négative à la question posée permet de confirmer qu'en l'absence de brevet, l'information (invention) fait partie du « domaine public », lequel peut être librement utilisé par le plus grand nombre de sorte qu'il n'est pas admissible d'en interdire l'utilisation au motif qu'un acte illicite aurait été posé. Cette réponse présente un saisissant contraste entre la liberté d'usage de l'information et l'illicéité de l'acte ayant permis cet usage.

Les textes normatifs en droit des brevets ne contiennent pas de réponse claire à la question examinée ici, ou à tout le moins, pas directement : aucun de ces textes ne stipule qu'en l'absence de brevet, l'invention peut être librement utilisée par quiconque. On signalera cependant que quelques rares dispositions du droit des brevets semblent reconnaître qu'en l'absence de protection spécifique par un droit subjectif, l'invention peut être librement exploitée.

L'article 70, §3, ADPIC intitulé « Protection des objets existants [à la date de la signature de l'Accord] » indique ainsi que : « Il ne sera pas obligatoire de rétablir la protection pour des objets qui, à la date d'application du présent accord pour le Membre en question, sont tombés *dans le domaine public* »(69). Par le renvoi à la notion de « domaine public » qu'elle contient, cette disposition, reconnaît non seulement l'existence de ce concept juridique mais aussi que les objets non protégés font partie du domaine public ; qu'ils sont à la libre disposition du plus grand nombre.

(69) Nous mettons en italique.

En ce qui concerne les brevets européens, l'article 63 CBE s'énonce comme suit :

« Article 63 Durée du brevet européen

(1) La durée du brevet européen est de vingt années à compter de la date de dépôt de la demande.

(2) Le paragraphe 1 ne saurait limiter le droit d'un État contractant de prolonger la durée d'un brevet européen ou d'accorder une protection correspondante dès l'expiration de cette durée aux mêmes conditions que celles applicables aux brevets nationaux,

a) pour tenir compte d'un état de guerre ou d'un état de crise comparable affectant ledit État ;

b) si l'objet du brevet européen est un produit ou un procédé de fabrication ou une utilisation d'un produit qui, avant sa mise sur le marché dans cet État, est soumis à une procédure administrative d'autorisation instituée par la loi. [...] ».

Cette disposition semble indiquer que les États signataires de la Convention de Munich peuvent uniquement prolonger la durée initiale du brevet ou offrir une protection équivalente à celle conférée par le brevet après l'expiration de celui-ci dans les deux seuls cas exceptionnels qu'elle mentionne : l'état de guerre et l'effet dilatoire des procédures d'autorisation de mise sur le marché. En-dehors de ces situations, les États membres du système européen des brevets seraient contraints de ne pas prolonger la durée de l'exclusivité au-delà de la vingtième année suivant la date du dépôt de la demande de brevet.

En d'autres termes, l'article 63 CBE épuiserait son domaine d'application : il mentionnerait exhaustivement les seuls cas dans lesquels une prolongation de la durée du brevet est admise. Nous touchons ici à la théorie de l'effet réflexe de la loi.

Selon cette théorie, l'existence de dispositions légales dans un domaine particulier produit des conséquences en dehors du champ d'application desdites disposition : soit ces dispositions doivent être applicables par analogie à d'autres domaines (effet réflexe positif)⁽⁷⁰⁾, soit ces dispositions épuisent leur domaine de sorte que

(70) Les principes généraux du droit constituent un exemple d'effet réflexe positif.

leur existence fait obstacle à l'application de toute autre disposition dans le même domaine (effet réflexe négatif) (71).

Appliquée aux droits intellectuels, cette théorie conduit au rejet de la résurgence de la protection antérieurement conférée par un droit intellectuel. En effet, on considère que la liberté d'entreprendre (72) constitue le principe juridique fondamental auquel les droits intellectuels font exception. Exceptionnels, ces droits doivent être d'application stricte. Il ne saurait dès lors être question d'utiliser d'autres normes – telles que les usages honnêtes en matière commerciale du droit de la concurrence déloyale – pour recréer des exclusivités en dehors du domaine de la propriété intellectuelle.

La liberté du commerce et de l'industrie se décline en une série de libertés, dont la liberté d'entreprendre et la liberté de faire concurrence à autrui. La liberté de concurrence implique à son tour le droit de prospecter les clients et les fournisseurs et le droit de rechercher le personnel ayant les qualifications les plus appropriées pour l'entreprise ainsi que le droit d'utiliser toutes les informations licitement disponibles pour optimiser le fonctionnement de l'entreprise (73).

En particulier, la liberté de faire concurrence à autrui implique la liberté de vendre des produits ou des services identiques ou similaires à ceux disponibles sur un marché donné, ce qui suppose que ces produits et service puissent être librement copiés (74). La liberté de copier s'inscrit dans le bon fonctionnement de la concurrence : la possibilité d'offrir des produits et de services identiques ou similaires à ceux des concurrents est une condition d'existence de la concurrence (75).

Il s'ensuit que « un acte par lequel un vendeur imite l'offre d'un autre participant au marché en lien avec des services ou des produits

(71) V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 3-5, nos 4-9.

(72) Voy. art. II.3 du Code de droit économique ; art. 7 du décret du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement des patentes (*Pasin.*, 1^{re} série, II, p. 231) dit « décret d'Allarde » ; l'art. 6 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (*M.B.*, 15 août 1980) ; art. 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(73) À propos de listes de clients librement accessibles : Bruxelles, 17 mars 2010, *Ann. prat. comm.*, 2010, p. 370 ; Gand, 17 septembre 2008, *Ann. prat. comm.*, 2008, p. 495.

(74) M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 677-681.

(75) M. BUYDENS, « La sanction de la "piraterie de produits" par le droit de la concurrence déloyale », *J.T.*, 1993, p. 118.

est en principe autorisé, à moins que le vendeur ce faisant, soit méconnaisse un droit protégé par la législation sur la propriété intellectuelle, soit fasse cette offre avec des circonstances complémentaires qui sont contraires aux exigences des usages honnêtes en matière commerciale. Le vendeur qui, sans fournir lui-même un effort créatif, tire directement profit des efforts ou des investissements importants consacrés à une création ayant une valeur économique d'un autre vendeur, ne commet encore aucun acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Le juge peut cependant, sur base de l'obtention d'un profit pour une autre raison que la simple imitation, décider que cet acte est illicite. Ces autres raisons ne consistent pas seulement en la méconnaissance des droits de propriété intellectuelle ou en la publicité qui est source de confusion mais elles peuvent consister en n'importe quelle forme de comportement illicite » (76).

La liberté de concurrence conduit ainsi à la liberté de copier les prestations des concurrents... sauf lorsque ces prestations font l'objet de protections spécifiques (77) telles que celles organisées par les droits intellectuels (78). D'ailleurs, les droits intellectuels ont précisément été créés en raison de l'existence de la liberté de copier (79). Les droits intellectuels constituent une limite qui s'impose à tous les titulaires de la liberté d'entreprendre (80). Cette limitation de la liberté d'entreprendre des tiers produit un effet réflexe négatif qui renforce le principe de la licéité de la copie (81) : le législateur a épuisé

(76) Cass., 29 mai 2009, *R.A.B.G.*, 2011, p. 3. Voy. Bruxelles, 29 septembre 2006, *Ann. prat. comm.*, 2006, p. 498 ; Bruxelles, 7 décembre 2006, *A&M*, 2007, p. 246 ; *I.C.I.P.*, 2007, p. 334 ; *R.D.C.*, 2007, p. 580, note V. WELLENS ; *Ann. prat. comm.*, 2006, p. 522 ; Liège 30 juin 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 217, note B. MICHAUX ; *J.T.*, 1993, p. 648 ; *B.I.E.*, 1996, p. 306 ; Bruxelles, 25 novembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 288 ; Bruxelles, 22 décembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 932 ; *A&M*, 2005, p. 123 ; *D.C.C.R.*, 2005, n° 68, p. 53, note A. PUTTEMANS : « L'affaire 'In de Gloria' – Quand la publicité cherche à ressembler aux programmes télévisés » ; *Ann. prat. comm.*, 2004, p. 495, note T. HEREMANS ; Liège, 17 juin 2014, *I.C.I.P.*, 2014, p. 588.

(77) Bruxelles, 6 novembre 2003, *Ann. prat. comm.*, 2003, p. 566.

(78) Gand, 19 mai 2014, *I.C.I.P.*, 2014, p. 470.

(79) Prés. Comm. Courtrai (cess.), 20 mai 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, 1997, p. 867. Voy. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Paris, Sirey, 1952, pp. 493-496, n° 107.

(80) Pour l'application de ce raisonnement en droit d'auteur : T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 623, n° 368 ; T. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du code civil », *R.D.C.*, 2010, p. 586, n° 26. En matière de droit d'auteur : Cass., 11 mars 2005, *A&M*, 2005, p. 396.

(81) La Cour d'appel de Gand a, par ex., appliqué la théorie de l'effet réflexe négatif en décidant qu'« admettre une demande fondée sur la législation en matière d'usages honnêtes en matière commerciale pour une simple contrefaçon, reviendrait à octroyer au titulaire du prétendu droit, de manière détournée – c'est-à-dire sans qu'il ait fait usage du système de protection de la propriété intellectuelle organisée par la loi à cet égard – ce qu'il ne peut plus obtenir en raison de sa négligence

le domaine de la création des droits exclusifs sur les choses intellectuelles lorsqu'il a adopté les lois établissant les droits intellectuels de sorte que la création de droits exclusifs sur les choses intellectuelles par la voie prétorienne en-dehors des conditions posées par le législateur pour l'octroi de tels droits dans les lois établissant les droits intellectuels est proscrite, et ce aussi bien en vertu d'une application de ces lois par analogie, que sur le fondement des dispositions du droit commun (82).

En dehors d'une réservation spécialement organisée par le droit intellectuel, la liberté de copier reste d'application. On peut voir une application de cette théorie dans l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2011 par lequel la Cour décide que l'ancien titulaire d'une marque déchue ne peut pas se fonder sur l'interdiction de la création d'un risque de confusion établie par l'article 10*bis* de la Convention de Paris pour faire interdire l'usage de la marque déchue à un tiers. Le droit de la concurrence déloyale permettrait, dans le cas contraire, au demandeur d'obtenir une protection équivalente à celle conférée par la marque alors même que le signe ne serait pas enregistré comme marque et donc, en dehors des conditions posées par la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (83).

L'effet réflexe négatif des lois en matière de droits intellectuels exclut toute résurgence de la protection pour une information qui formait antérieurement l'objet d'un tel droit exclusif.

Cette théorie n'impose cependant pas de tolérer les actes illicites posés lors de la captation, de la divulgation ou de l'utilisation des informations concernées. Ces actes, distincts des faits de captation, de divulgation ou d'utilisation, peuvent et doivent être sanctionnés. La cour d'appel de Bruxelles a résumé cet enseignement dans un ancien arrêt *Lego* en décidant que « si l'on ne peut concevoir qu'un

via le système de protection de la propriété intellectuelle organisé par la loi » (Gand, 19 avril 2004, *Ann. prat. comm.*, 2005, p. 417, note V. WELLENS).

(82) Bruxelles, 29 septembre 2006, *Ann. prat. Comm.*, 2006, p. 498 ; V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 3-5, n^{os} 4-9 ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 13, n^o 8.

(83) Cass., 15 septembre 2011, C.07.0447.N. Dans son arrêt, la Cour de cassation renvoie à l'arrêt du 23 décembre 2010 de la Cour de justice Benelux (C.J.B., 23 décembre 2010, A/2009/3) dans lequel la Cour de Justice Benelux décide notamment que : « selon les dispositions de la CBPI, le titulaire d'une marque éteinte ne peut obtenir en justice aucune protection, pas même celle du droit commun, pour son signe qui sert à distinguer les produits ou services d'une entreprise des produits ou service provenant d'une autre entreprise. La déchéance l'empêche en effet de se prévaloir de l'enregistrement de la marque qu'il a déposée ».

droit d'auteur, un brevet, ou un droit sur un modèle soient artificiellement maintenus en vie par le biais de l'interdiction de la copie au-delà de leur terme normal de validité, on admet que des agissements accompagnant la production ou la vente de produits similaires – permise en principe, sauf le cas spécial de protection assurée au premier constructeur – peuvent être contraires aux usages honnêtes en matière commerciale et justifier une condamnation à les cesser » (84).

La proposition de directive sur les secrets d'affaires abolit la frontière entre la captation, la divulgation et l'utilisation des informations qui doit demeurer libre d'une part et l'acte illicite (vol, corruption, abus de confiance, etc.) qui doit être interdit d'autre part en stipulant que la sanction de l'acte illicite doit consister en « l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires » (85).

Comment solutionner dans ce contexte nouveau, la problématique de la résurgence de la protection ? Selon nous, la solution ne réside pas dans l'effet réflexe négatif des lois en matière de droits intellectuels mais dans la notion de secret. La proposition de directive oblige les États membres à interdire l'utilisation et la divulgation des *secrets* d'affaires et le secret est expressément défini dans l'article 2.1., a), de la proposition comme le fait que les informations ne soient pas « généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question ou qui ne leur sont pas aisément accessibles ».

Aussi lorsque la demande ou la délivrance du droit intellectuel sur les informations concernées aura rendu celles-ci accessibles aux professionnels du secteur, comme cela sera le plus souvent le cas, toute interdiction d'utilisation ou de divulgation de ces informations sera impossible sur le fondement de la proposition de directive secrets d'affaires car cette situation tombera en dehors du champ d'application de ce texte : les informations ne seront pas secrètes et il ne s'agira pas de secrets d'affaires. Toute résurgence de l'exclusivité précédemment conférée par le droit intellectuel sera exclue. Il en ira de même d'une « résurgence » du secret. Lorsqu'antérieurement secrètes, les informations seront devenues aisément accessibles aux

(84) Bruxelles, 27 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, p. 58, note P. DE VROEDE : « La notion d'usages honnêtes en matière commerciale ».

(85) Art. 11.1, a), de la proposition de directive sur les secrets d'affaires. Voy. aussi art. 3.1 de la proposition de directive.

professionnels du secteur à la suite des actes illicites posés à l'occasion de leur captation, de leur utilisation ou de leur divulgation, la sanction de l'interdiction d'utilisation ou de divulgation visés dans la proposition de directive ne pourra pas s'appliquer⁽⁸⁶⁾. Cette sanction ne sera applicable qu'aux seuls secrets c'est-à-dire lorsque les informations seront demeurées secrètes nonobstant leur captation, leur utilisation ou leur divulgation illicites.

Cette observation nous renvoie vers la notion de secret, centrale dans la proposition de directive et qui mériterait selon nous d'y être plus précisément définie⁽⁸⁷⁾. Seule cette notion de secret permet en définitive de tracer la frontière entre les situations, exceptionnelles, dans lesquelles le secret peut suivre le droit intellectuel et celles, plus nombreuses, où la résurgence de la protection restera exclue.

§ 3. *Le cumul de protection par le droit d'auteur et par le secret d'affaires*

Le cumul de protection par le droit d'auteur et par le secret d'affaires semble à première vue tout à fait envisageable car de nombreuses informations sont désormais protégées par le droit d'auteur. Les exemples les plus classiques de ce type de protection portent sur les logiciels⁽⁸⁸⁾, les modes d'emplois⁽⁸⁹⁾ et les plans⁽⁹⁰⁾ tandis que

(86) L'art. 3.1 de la proposition de directive invite les États membres à permettre dans ce cas l'indemnisation du détenteur du secret d'affaires.

(87) Voy. V. CASSIERS, « La notion de secret éclairée par le droit des brevets d'invention », in V. CASSIERS et S. GILSON (coord.), *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 53-81.

(88) Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur en vertu de la directive 2009/24 et de l'art. XI.294 CDE. Voy. C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, C-128/11 ; C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, C-406/10 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, *Rec.*, 2010, p. I-13971. Les logiciels peuvent également être considérés comme des informations d'affaires : T.U.E., 16 décembre 2010, *Systran c. Commission*, T-19/07, pts 66-67 et 80-83 ; Liège, 4 juin 2009, *Ann. prat. comm. conc. 2009*, 2010, p. 436 ; Anvers, 12 mai 1999, *Computer*, 1999, p. 245. Voy. Trib. Arr. Luxembourg, 25 mars 2003, *D.A.-O.R.*, 2006, n° 77, p. 67, note O. POELMANS. Aux États-Unis également le code source d'un logiciel peut être considéré comme un secret commercial : U.S. District Court S.D.N.Y., *United States c. Sergey Aleynikov*, 737 F. Supp. 2d 173 (23 mars 2011).

(89) Les modes d'emploi peuvent être protégés par le droit d'auteur : Civ. Bruxelles, 12 décembre 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 89 ; Civ. Bruxelles, 12 décembre 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 104 (première instance) et Bruxelles, 28 janvier 1997, *A&M*, 1997, p. 262 ; *I.R.D.I.*, 1997, p. 99 (appel) ; Civ. Liège, 11 juillet 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 108.

(90) Les plans constituent des dessins et dès lors des œuvres graphiques au sens de la LDA. Les plans sont également susceptibles de constituer des informations d'affaires. Voy. des plans de maillons de chaîne pour chars : C.J.C.E., 14 février 2008, *Varec*, C-450/06, *J.T.*, 2008, p. 425, obs. T. BOMBOIS et Ch. DUBOIS, « La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt Varec de la Cour de justice »,

les exemples les plus extrêmes visent des contrats(91). S'agissant des contrats, on relèvera l'arrêt rendu le 5 février 2007 par la cour d'appel d'Anvers dans lequel cette dernière décide que les conditions générales d'une compagnie d'assurance sont protégées par le droit d'auteur et que le concurrent qui, en copiant lesdites conditions générales, imite la structure tarifaire originale de la compagnie d'assurance, pose un acte de concurrence déloyale(92).

D'aucuns s'étonneront qu'un contrat et un mode d'emploi soient éligibles à la protection par le droit d'auteur. Cette situation résulte d'une dynamique d'élargissement du droit d'auteur fondée sur l'interprétation très large donnée à la condition d'originalité tendant à considérer que cette condition est remplie par « tout ce que fait l'homme sous le soleil »(93) au motif que cela requiert peu ou prou une activité intellectuelle et que le droit d'auteur s'applique indépendamment de la qualité de l'œuvre et du mérite de l'auteur.

Cette approche radicale de la condition d'originalité appelle certes quelques nuances. La Cour de cassation avait adopté cette approche radicale dans un arrêt du 26 janvier 2012(94) avant de revenir vers une interprétation de la condition d'originalité plus conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne(95) dans ses arrêts du 31 octobre 2013 et du 17 mars 2014(96).

La jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne définit l'œuvre protégeable par le droit d'auteur comme « une

pt 34. Voy. des plans d'affectation du personnel : Bruxelles, 10 janvier 2008, *Ann. prat. comm.* 2008, 2009, p. 448.

(91) Les contrats peuvent être considérés comme des informations d'affaires : C.J.C.E., 19 mai 1994, *SEP c. Commission*, C-36/92P, *Rec.*, 1994, p. I-1911 ; Cour trav. Liège, 8 janvier 2004, inédit, R.G. n° 7/228/02, pp. 7-8.

(92) Anvers, 5 février 2007, *Ann. prat. comm.* 2007, Malines, Kluwer, 2008, p. 406, comm. V. PEDE : « Originaliteit past niet in de wet op de handelspraktijken ».

(93) Pour paraphraser l'arrêt Chakrabarty préc. dans la note 1927 : United States Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 100 U.S. 2204 (1980).

(94) Cass., 26 janvier 2012, C.11.0108.N. Cet arrêt rompaît avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation en écartant l'exigence d'un caractère individuel. La cour d'appel d'Anvers à laquelle l'affaire fut ultérieurement renvoyée refusa d'appliquer l'arrêt de cassation : Anvers, 28 avril 2014, *I.C.I.P.*, 2014, p. 519, note H. ABRAHAM : « De stempel van de persoonlijkheid : terug van (nooit) weggeweest ».

(95) Voy. B. MICHAUX, « La notion d'originalité en droit d'auteur : une harmonisation communautaire en marche accélérée », *R.D.C.*, 2012, p. 599 ; F. GOTZEN, « Het Hof van Cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het auteursrecht », *I.R.D.I.*, 2012, p. 203.

(96) Cass., 31 octobre 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 1464 ; Cass., 17 mars 2014, *I.C.I.P.*, 2014, p. 251.

création intellectuelle propre à son auteur » (97). Les mots « création » et « propre » indiquent qu'une prestation intellectuelle ne suffit pas à établir l'originalité d'un œuvre. Toute prestation n'est pas création ainsi que la Cour de justice a eu l'occasion de le souligner dans plusieurs de ses arrêts. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, une œuvre doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur pour être originale et dès lors protégée par un droit d'auteur (98). La protection par le droit d'auteur suppose, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que l'auteur marque l'œuvre de sa « touche personnelle » (99).

Afin de pouvoir déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre, la Cour de justice a souligné dans son arrêt *Dataco* (100) l'importance des « choix libres et créatifs » de l'auteur face aux « considérations techniques, [aux] règles ou [aux] contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative ». La Cour observe encore que le fait que l'œuvre ait requis « un travail et un savoir-faire significatif de son auteur [...] ne saurait, comme tel, justifier sa protection par le droit d'auteur [...] si ce travail et ce savoir-faire n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition desdites données » (101).

Ce rappel des contours de la notion d'originalité permet d'écarter de la protection par le droit d'auteur une série d'informations susceptibles d'avoir une valeur importante pour l'entreprise mais qui,

(97) C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International A.S. / Danske Dagblades Forening*, C-5/08, *Rec.*, 2009, I, p. 6569, pts 35 et 37. Voy. C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, C-302/10 ; C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute Inc c. World Programming Ltd*, C-406/10 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09 ; C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer c. Standard VerlagsGmbH et al.*, C-145/10.

(98) L'exigence que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour satisfaire à la condition d'originalité est par ailleurs expressément mentionnée dans le considérant 16 de la directive 2006/116/CE : « Une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité... ».

(99) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer c. Standard VerlagsGmbH et al.*, C-145/10, pts 88 à 94.

(100) Mons, 26 mars 2001, *A&M*, 2002, p. 367 ; Cass. (fr.), 13 juin 2006, *A&M*, 2006, p. 326 : « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes préc.s, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur » ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 5 et note L. VAN BUNNEN, « Le droit d'auteur peut-il protéger les parfums ? » ; Hoge Raad, 16 juin 2006, *A&M*, 2006, p. 326 ; Cass., 19 mars 1998, *A&M*, 1998, p. 229, note B. DAUWE ; *Pas.*, 1998, I, p. 158 : « le droit [d'auteur] n'a pas pour but de protéger une idée ou un concept et est étranger à la protection des intérêts d'une entreprise ».

(101) C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd et al. c. Yahoo! UK Ltd et al.*, C-604/10, pts 38, 39 et 42 ; C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et al. c. QC Leisure et al.*, C-403/08 et *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, C-429/08, pt 98.

trop techniques ou résultant presque exclusivement des contraintes à satisfaire, ne procèdent pas de choix propres à leur auteur. Le cumul de protection entre le droit d'auteur et le secret d'affaires ne sera donc pas total. Vu que le champ d'application du droit d'auteur est aujourd'hui très large, ce droit pourra néanmoins s'appliquer à de nombreuses informations (102).

On rappellera toutefois que le droit d'auteur ne couvrira pas l'information en tant que telle, mais uniquement la forme sous laquelle cette information devient perceptible par les sens. Cette formalisation de l'information n'implique pas sa divulgation – laquelle pourrait anéantir le secret de sorte que tout cumul de protection serait exclu. Le droit d'auteur préexiste à la divulgation de l'œuvre, l'auteur jouissant notamment, dès la création de l'œuvre, du droit de divulgation, c'est-à-dire le droit de décider du moment auquel son œuvre est achevée et peut être divulguée (103).

§ 4. *L'opposition entre la protection par le secret et la protection par le droit d'auteur*

L'application du droit d'auteur aux informations d'affaires ne profitera à l'entreprise que si celle-ci est titulaire de ce droit. Dans le cas contraire, le droit d'auteur s'analysera, au contraire, en une menace pour l'exclusivité dont l'entreprise souhaitera bénéficier sur ses informations d'affaires. En effet, l'auteur de l'œuvre qui comprend le secret d'affaires pourra trouver dans la loi relative aux droits d'auteur, le fondement d'une autorisation de divulguer les secrets d'affaires. Le titulaire des droits d'auteur dispose du droit de reproduire l'œuvre, en ce compris le droit de distribuer les reproductions de l'œuvre. Il dispose du droit de communiquer l'œuvre au public. Et il dispose du « droit de divulguer l'œuvre » (104).

L'exercice des droits d'auteur suppose la possibilité de divulguer l'œuvre, ce qui est d'évidence incompatible avec le maintien d'un

(102) À titre d'illustration, on retiendra que l'emballage d'un produit est protégeable par un droit d'auteur (Liège, 16 mai 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 193 ; Prés. Comm. Bruxelles, 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 291 et p. 310. *Contra* : Anvers, 14 mars 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 205 ; Prés. Comm. Bruxelles, 30 novembre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 333), de même qu'un modèle de voiture publicitaire (Prés. Comm. Bruxelles, 9 novembre 2009, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 724).

(103) Art. XI.165, §2, CDE.

(104) Art. XI.165 CDE (art. 1^{er} LDA). Ces droits de l'auteur sont partiellement reconnus aussi par les art. 2 et s. de la directive 2001/29, ainsi que par l'art. 9 ADPIC et les art. 6*bis* et s. de la Convention de Berne.

secret sur l'œuvre, notamment lorsque cette dernière comprend un secret d'affaires (105). Un conflit peut ainsi naître entre la protection de la confidentialité revendiquée par le détenteur du secret d'affaires et l'exercice de ses droits par l'auteur.

Ce type de conflit peut survenir dans de nombreuses situations où l'entreprise n'aura pas veillé à se faire céder les droits d'auteur de ses employés et partenaires relativement aux prestations exécutées pour l'entreprise, situation que l'on rencontre régulièrement dans la pratique. Convient-il dans ces cas de faire primer le droit d'auteur sur la protection du caractère confidentiel de l'information d'affaires ?

L'opposition potentielle entre le droit d'auteur et le secret d'affaires trouve son origine dans le règlement différencié de la question de la titularité dans les deux régimes. Le titulaire originaire du droit d'auteur est toujours la personne physique qui a créé l'œuvre (106) : c'est cette personne qui fait naître le droit d'auteur en marquant l'œuvre de l'empreinte de sa personnalité.

Le titulaire originaire du droit d'auteur peut ensuite céder ou concéder en licence ses droits patrimoniaux (107) ; il peut en outre renoncer à l'exercice de son droit moral (108). Tout risque d'opposition entre le droit d'auteur et le secret d'affaires peut ainsi être écarté moyennant la conclusion de conventions de cession, de concession et de renonciation à l'exercice des droits concernés et l'on ne saurait trop insister sur la nécessité pour les entreprises de toujours veiller à conclure ces contrats lorsqu'elles sont amenées à faire créer (par des employés ou des prestataires indépendants) ou à exploiter des œuvres protégeables.

Le détenteur du secret d'affaires est, conformément à l'article 2.2 de la proposition de directive « toute personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un secret d'affaires ».

(105) Il existe une exception à ce principe en ce qui concerne la protection juridique des logiciels par le droit d'auteur : le logiciel est, juridiquement, un livre que l'on ne peut pas lire. Voy. M. VIVANT, « Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique », in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, coll. « IRPI », n° 11, Paris, 1993, pp. 50-51, n° 12-13 ; V. Cassiers, « La protection juridique des logiciels et des créations commerciales », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, Innovation & Intérêt général*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 267-269, n° 40.

(106) Art. XI.170 CDE.

(107) Art. XI.167 CDE.

(108) Art. XI.165, §2, CDE.

À la différence du droit d'auteur, la « titularité » n'est pas ici déterminée par les faits. La notion de détenteur du secret d'affaires découle entièrement du droit. Deux éléments de la définition précitée viennent à l'appui de cette conclusion. D'une part, le détenteur du secret d'affaires peut être une personne morale. Or, dans les faits, une personne morale ne connaît ni ne contrôle aucune information : seules les personnes physiques constituant ses organes peuvent connaître et exercer un contrôle sur l'information. En stipulant que le détenteur du secret d'affaires peut être une personne morale, la proposition de directive établit d'évidence une notion exclusivement juridique.

D'autre part, la détention du secret d'affaires se manifeste par un contrôle *licite* et la licéité désigne une caractéristique juridique. La détention désigne habituellement en droit, une situation de fait : le fait de détenir quelque chose, indépendamment du titre en vertu duquel cette détention est exercée (la propriété, la possession, le dépôt, le recel, etc.) et du caractère licite ou non de la détention. En stipulant que le détenteur du secret d'affaires doit exercer un contrôle *licite* sur l'information, la proposition de directive fait entièrement dépendre la qualité de détenteur d'une situation juridique.

La détention du secret d'affaires constitue une notion purement juridique. Il s'ensuit que le *contrôle* visé dans la définition précitée désigne également une emprise juridique sur le secret d'affaires. Cette emprise devra se manifester par la faculté d'imposer aux tiers des obligations relatives au secret d'affaires telles que des obligations de confidentialité et de non-utilisation du secret d'affaires.

On observe donc une confrontation potentielle entre une situation de fait et une situation de droit. Imaginons qu'un employé dessine le plan d'un nouveau produit de l'entreprise. Ce plan est secret. Dans les faits, le titulaire du droit d'auteur sur ce plan est la personne physique qui a créé l'œuvre, à savoir l'employé, alors même que l'entreprise considérera que ce plan constitue également « son » secret d'affaires et qu'elle entendra imposer à son employé d'en conserver le caractère confidentiel.

La confrontation surgira de l'impossibilité d'exercer simultanément les deux régimes juridiques applicables au plan dont question. La protection du secret d'affaires impliquera que le plan demeure

secret, c'est-à-dire qu'il ne soit pas divulgué à des tiers qui ne seraient pas tenus d'en conserver le caractère secret ou autrement rendu accessible aux professionnels du secteur. À l'inverse, le droit d'auteur ne pourra s'exercer sans divulguer le plan.

Comment peut-on concilier les deux types de protection ? La proposition de directive ne prévoit rien à cet égard. Ce conflit est cependant susceptible de survenir régulièrement dans la pratique.

Afin de concilier les deux régimes de protection, il convient d'abord de rappeler que le conflit peut aisément être évité si celui qui entend se prévaloir d'une protection au titre du secret des affaires prend la précaution de se faire céder les droits d'auteur par la personne physique fondée à revendiquer la qualité d'auteur.

Dans le prolongement de cette première observation, on relèvera ensuite que l'opposition entre le droit d'auteur et le secret d'affaires peut également être évitée lorsque les objets respectifs des deux régimes de protection peuvent être distingués. L'on sait que le droit d'auteur, pas davantage que les droits intellectuels, ne protège les idées et les concepts. Il ne s'applique qu'à la forme perceptible par les sens exprimant ces idées et ces concepts. Le secret d'affaires peut, en revanche, s'appliquer à de simples idées, concepts et projets.

Lorsque l'auteur de l'œuvre emprunte à autrui des idées protégées par le secret d'affaires, il ne peut se prévaloir de son droit d'auteur pour prétendre divulguer et utiliser le secret d'affaires d'autrui. La protection par le secret d'affaires doit l'emporter sur le droit d'auteur. En effet, dans cette situation, le secret d'affaires préexiste au droit d'auteur : la captation et l'utilisation du secret d'affaires précèdent la création de l'œuvre et conditionnent son existence. Cette captation et cette utilisation seront soit illicites, auquel cas les sanctions de non-divulgaration et de non-utilisation visées dans la proposition de directive pourront s'appliquer, soit licites en ce sens qu'elles auront été autorisées par le détenteur du secret d'affaires, auquel cas le bénéficiaire de l'autorisation devra respecter les obligations de confidentialité et non-utilisation qui lui auront été imposées par le détenteur du secret d'affaires. Ce n'est que lorsque le détenteur du secret d'affaires aura divulgué « son » secret sans condition de secret au titulaire du droit d'auteur que ce dernier pourra invoquer son droit pour utiliser son œuvre et pour la communiquer au public.

L'opposition entre le secret d'affaires et le droit d'auteur apparaît autre lorsque le droit d'auteur et le secret d'affaires portent sur le même objet, que le secret d'affaires ne préexiste pas à la création de l'œuvre mais qu'il naît dans le cadre de ce processus de création de l'œuvre et qu'aucune cession, concession ou renonciation au droit d'auteur n'a été convenue et qu'il n'existe pas non plus de conventions relatives à des secrets d'affaires. Dans cette situation, le secret d'affaires est entièrement incorporé dans l'œuvre, il fusionne avec celle-ci.

Peut-on dans ce cas considérer qu'une personne autre que le titulaire des droits d'auteur exerce un *contrôle licite* sur le secret d'affaires alors que cette personne n'est pas autorisée à poser les actes que la loi réserve au titulaire du droit d'auteur : reproduire, adapter, traduire, prêter, louer, distribuer et communiquer l'œuvre et donc également le secret d'affaires qu'elle incorpore ? Selon nous, la réponse à cette question est négative. Dans cette situation, celui qui se revendiquerait « détenteur » du secret d'affaires ne pourrait en effet ni exploiter, ni divulguer celui-ci sans méconnaître les droits de l'auteur car l'utilisation du secret incorporé dans l'œuvre et sa divulgation nécessiteront le plus souvent la reproduction de l'œuvre, voire sa communication au public. Il ne nous paraît pas envisageable de prétendre qu'un contrôle licite est exercé sur le secret d'affaires dans ce type de situation.

En définitive, il semble qu'une opposition entre le droit d'auteur et la protection du secret d'affaires ne peut exister que lorsque le secret et l'œuvre apparaissent au cours du même processus créatif, fusionnent l'un et l'autre, et que les conventions conclues entre l'auteur et le « détenteur » du secret d'affaires octroient à ce dernier un contrôle licite sur le secret d'affaires en ce sens que l'auteur est obligé de ne pas divulguer, voire de ne pas utiliser le secret d'affaires, sans que ces conventions n'établissent de cession, de concession ou de renonciation au droit d'auteur.

Cette situation peut notamment survenir à l'égard des créations d'employés lorsque le contrat de travail ne prévoit pas la cession des droits d'auteur à l'employeur. Ces derniers sont en effet légalement tenus de ne point divulguer les secrets de leur employeur (109)

(109) Voy. art. 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

tandis que l'employeur n'est investi de leurs droits d'auteur que si « la cession des droits [est] expressément prévue et que la création de l'œuvre entre dans le champ du contrat » (110).

L'opposition entre la protection du secret d'affaires et le droit d'auteur doit trouver sa solution dans un équilibre. Le droit d'auteur et le droit au secret sont placés sur un pied d'égalité. *A priori*, rien ne justifie que l'un l'emporte sur l'autre : il s'agit de droits égaux. Les deux titulaires de droits sont *a priori* fondés à exercer légitimement leur droit. Ce faisant, ils doivent néanmoins chacun avoir égard au respect du droit de l'autre. Si l'un ne respecte pas suffisamment le droit de l'autre, ce manquement à la norme générale de prudence constitue une faute qui cause un déséquilibre entre les parties.

Cette approche est développée par Thierry Léonard dans sa thèse et nous y souscrivons : « [...] l'égalité de départ est totale et les deux protagonistes peuvent se prévaloir de la légitimité et de la licéité de leurs prétentions. *A priori*, donc, tout est justifiable et attaquant à la fois. La seule possibilité de sortir de cette situation est de prouver que, dans les circonstances où il se trouve, et qu'il doit connaître, le titulaire du droit subjectif ou de la liberté civile, commet un acte illicite. Il convient de noter à propos du conflit entre droits subjectifs, qu'il ne s'agira pas de vérifier si le titulaire du droit a violé sciemment et volontairement le droit subjectif d'autrui. Il peut en effet *a priori* légitimer cette atteinte par son droit subjectif propre. Il s'agira toujours de vérifier si un devoir de prudence à l'égard de l'intérêt du titulaire du droit subjectif opposé n'a pas été violé. [...] Dans l'équilibre, le déséquilibre naît de la constatation de la faute. C'est parce qu'il y a une faute que le point de déséquilibre peut être identifié » (111).

La sanction du déséquilibre consistera à ramener les parties dans une situation d'égalité, c'est-à-dire à faire réparer le préjudice causé par le déséquilibre et à ordonner la cessation de l'acte qui le génère sans pour autant nier l'existence du droit de chacun. Pour identifier le point d'équilibre, il conviendra de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce et, en particulier, de la légitimité des intérêts

(110) Voy. art. XI.167, §3, du Code de droit économique.

(111) T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 387, p. 660.

de chaque protagoniste ainsi que des mesures susceptibles d'être mises en œuvre pour réaliser ces intérêts.

À cet égard, on relèvera que l'article 2.1, c), de la proposition de directive sur les secrets d'affaires impose que le détenteur du secret d'affaires ait pris des « dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à [...] garder [les informations] secrètes ». Dans le cadre du conflit entre le secret d'affaires et le droit d'auteur, il conviendra notamment de tenir compte des dispositions qui auront (ou non) été prises par le détenteur du secret d'affaires en ce compris les motifs pour lesquels ce dernier n'a pas obtenu de cession, concession ou renonciation aux droits d'auteur étant entendu que ces mesures juridiques auraient permis de prévenir le conflit et de renforcer la protection des secrets d'affaires. D'autres paramètres devront encore intervenir dans la définition de l'équilibre tels que l'importance du secret de l'information pour la capacité concurrentielle du détenteur du secret, la valeur et les possibilités d'exploitation du droit d'auteur, la rémunération éventuellement perçue par l'auteur, la possibilité de séparer les territoires d'exploitation ou de moduler la durée de protection du secret, etc.

Cette notion d'équilibre est particulièrement circonstancielle : l'équilibre devra être recherché en fonction des circonstances propres à chaque cas, ce qui affaiblit la prévisibilité des solutions. Pour garantir une sécurité juridique optimale à toutes les parties, il sera toujours recommandable de convenir de stipulations contractuelles précises afin de prévenir tout conflit.

§ 5. *L'opposition entre le droit au secret et la protection des bases de données*

Une base de données protégée par le droit *sui generis* du producteur de base de données peut dans le même temps demeurer secrète : la protection de la base de données par le droit *sui generis* ne suppose pas que celle-ci soit rendue accessible aux tiers.

Le cumul de protection par le secret et par le droit *sui generis* n'est pas problématique dès lors que le droit *sui generis* du producteur de la base de données ne porte pas sur l'information contenue dans la base et ce, quand bien même la valeur de ladite information

serait considérable (112). Le droit *sui generis* ne crée pas un droit de propriété ou un droit exclusif sur l'information, sur un élément de la base de données individuellement considéré (113).

À cet égard, le considérant n° 46 de la directive 96/9/CE (114) souligne que « l'existence d'un droit d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées de la totalité ou d'une partie substantielle d'œuvres, de données ou d'éléments d'une base de données ne donne pas lieu à la création d'un nouveau droit sur ces œuvres, données ou éléments mêmes ». Il ne s'agit pas de créer un droit sur l'information contenue dans la base de données (115). L'objet du droit *sui generis* créé par la directive 96/9/CE « est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données pour la durée limitée du droit » (116).

La directive 96/9/CE ne crée ni droit de propriété, ni droit exclusif sur l'information elle-même. Cette conclusion est partagée, en Belgique, aussi bien par la jurisprudence (117), que par la doctrine (118). Il s'ensuit que le financement de l'obtention, de la vérification ou de

(112) F. DUBUISSON, « L'interprétation du droit *sui generis* sur les bases de données par la Cour de justice des Communautés européennes : à propos des arrêts *British Horseracing Board* et *Fixtures Marketing* du 9 novembre 2004 », *R.D.C.*, 2005, pt 26, p. 742.

(113) S'agissant de la protection des bases de données par le droit d'auteur (art. XI.186 CDE – art. 20bis LDA) la Cour de cassation a relevé que : « Qu'en vertu de l'art. 20bis, alinéa 2, de la même loi, la protection des bases de données par le droit d'auteur ne s'étend pas aux œuvres, aux données ou éléments eux-mêmes et est sans préjudice de tout droit existant sur les œuvres, les données ou autres éléments contenus dans la base de données. Qu'il suit de ces dispositions que la forme, la structure, le classement ou le mode de présentation d'une base de données sont susceptibles de bénéficier de la protection du droit d'auteur ; que cette protection ne s'étend pas au contenu de la base de données, à savoir les données mêmes, notamment les œuvres, les données ou les éléments ; que ces données peuvent faire l'objet d'une protection appropriée » (Cass., 11 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 839 ; *R.D.C.B.*, 2001, p. 162 ; *A&M*, 2001, p. 353).

(114) Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, L 77, 27 mars 1996, pp. 20-28.

(115) C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd et al. c. Yahoo! UK Ltd et al.*, C-604/10, pts 30 et 31.

(116) Considérant n° 40 de la directive 96/9/CE.

(117) Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 18 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 86 ; Gand, 14 novembre 2011, *Ing.-Cons.*, 2012/2, p. 293).

(118) Benoît Michaux considère que le droit *sui generis* ne concerne pas les éléments [de la base de données] pris individuellement. Il protège le contenu de la base considéré dans son ensemble ou dans ses parties substantielles contre certains actes commis par un utilisateur ou par un concurrent (B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 104, n° 122). Cet auteur ajoute que la jurisprudence de la Cour de justice permet d'éviter que « le droit *sui generis* ne dégénère en droit de propriété sur des informations individuelles qui revêtiraient une valeur économique capitale, mais qui n'auraient pas requis d'investissement substantiel dans le cadre de la constitution de la base ». (B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 105, n° 123). Dans le même sens : F. DUBUISSON, « L'interprétation du droit *sui generis* sur les bases de données par la Cour de justice des Communautés européennes : à propos des arrêts *British Horseracing Board* et *Fixtures*

la présentation des éléments contenus dans la base de données ne permettra pas au producteur de ladite base de revendiquer un quelconque droit sur les éléments contenus dans celle-ci. Si ces éléments font l'objet d'un secret d'affaires, le détenteur de ce secret restera en mesure de s'opposer à leur captation, utilisation ou divulgation illicites même par un producteur de base de données.

Dans les faits, les protections offertes par le droit *sui generis* sur les bases de données et par le secret d'affaires seront le plus souvent complémentaires. Non seulement les qualités de producteur de la base de données et de détenteur du secret d'affaires seront réunies dans le chef de la même personne mais encore les droits conférés par le droit *sui generis* du producteur de la base de données viendront renforcer la protection du secret d'affaires car ces droits permettent de contrôler l'accès, l'utilisation et la divulgation de l'information secrète contenue dans la base de données.

Ce pouvoir de contrôler l'accès à l'information a été souligné par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Directmedia* : « la personne qui a constitué une base de données peut se réserver un droit d'accès exclusif à sa base ou réserver l'accès à celle-ci à des personnes déterminées ou encore subordonner cet accès à des conditions particulières, par exemple d'ordre financier » (119).

Le secret d'affaires et le droit *sui generis* sur les bases de données peuvent donc se cumuler et ce type de cumul peut utilement renforcer le secret d'affaires en créant un droit de contrôler l'accès, l'utilisation et la divulgation de l'information secrète.

Marketing du 9 novembre 2004 », *R.D.C.*, 2005, pt 20, p. 741 ; A. STROWEL, « La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données », *J.T.*, 1999, p. 299, n° 8.

(119) C.J.U.E., 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing GmbH*, C-304/07, *Rec.*, 2008, p. I-7565, pts 52 et 53; C.J.U.E., 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd e.a.*, C-203/02, *Rec.*, 2004, p. I-10415, pts 55-59. On relèvera que le considérant n° 44 de la directive 96/9/CE prévoit que « lorsque la visualisation sur écran du contenu d'une base de données nécessite le transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle de ce contenu sur un autre support, cet acte est soumis à l'autorisation du titulaire du droit ». En effet, dans ce cas, la consultation de la base de données entraîne un acte d'extraction couvert par le droit *sui generis* du producteur de la base de données.

SECTION 3. CONCLUSIONS SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE SECRETS D'AFFAIRES ET LES INTERACTIONS ET CUMULS AVEC LES DROITS INTELLECTUELS

La proposition de directive sur les secrets d'affaires n'aborde pas les questions de cumul entre le secret et les droits intellectuels. Le dixième considérant de la proposition souligne que la protection par le secret d'affaires ne crée aucun droit exclusif nouveau. Pour utile qu'elle puisse être, cette précision n'apporte toutefois aucune réponse à la question du cumul avec les droits intellectuels existants.

Le secret d'affaires peut être cumulé avec tout droit intellectuel dont l'obtention ou l'exercice n'implique pas de rendre son objet accessible aux professionnels du secteur. Même lorsque l'octroi du droit intellectuel suppose une divulgation de son objet, il ne peut être exclu que le secret renaisse après la disparition de l'exclusivité conférée par la loi. De nombreuses situations de cumul (le brevet et les bases de données not.) renforceront en principe la protection conférée par le secret d'affaires. Néanmoins, nous avons également montré que la double protection par le secret d'affaires et par le droit d'auteur pouvait sensiblement énerver la protection des secrets voire la mettre à néant.

Face à cet écueil, le silence de la proposition de directive sur la question du cumul ne manque pas d'étonner. Le travail législatif en cours permettra peut-être d'apporter quelques précisions sur ce point dans la directive. Un tel ajout permettrait de renforcer la sécurité juridique et il serait bienvenu.

* *

