

LE SECRET D'AFFAIRES

un droit de P.I. méconnu

James Pooley,
vice-directeur général,
Secteur de l'innovation et de
la technologie de l'OMPI

À la question "À quel type de droit de propriété intellectuelle les entreprises font-elles le plus souvent appel pour protéger leur avantage concurrentiel?" la plupart des gens répondraient par l'une ou l'autre des grandes composantes de la propriété intellectuelle, à savoir le droit des brevets, le droit d'auteur, le droit des marques ou des dessins et modèles industriels. Or, ils auraient tort, car la forme de protection la plus fréquemment employée par les entreprises est le secret d'affaires.

Dès lors, il est légitime de se demander pourquoi le secret d'affaires suscite moins d'intérêt que les autres domaines de la propriété intellectuelle. Les raisons sont multiples. Premièrement, ce type de protection ne nécessite pas de procédure d'enregistrement auprès de l'administration: il s'applique de facto au sein de chaque entreprise. Deuxièmement, bien que les principes généraux de la législation relative aux secrets d'affaires (également connue sous le nom de "loi sur les renseignements non divulgués ou confidentiels") soient établis de manière analogue dans la plupart des pays, il n'existe que très peu de règles ou dispositions communes quant à leur application. Troisièmement, il est rare que des conflits relatifs à des secrets d'affaires soient dévoilés au grand jour et entrent dans le débat public.

Récemment, toutefois, certains secrets d'affaires ont fait la une de l'actualité, avec des cas de cyberattaques lancées contre des entreprises du monde entier, des cyberespions se servant de faux messages électroniques pour pénétrer dans des réseaux d'entreprises et s'emparer de précieuses informations. On s'intéresse néanmoins au secret d'affaires pour d'autres raisons, plus positives, notamment en tant que cadre propice à l'innovation en collaboration et à la mise en relation d'acteurs situés dans différents pays. Quel que soit l'élément catalyseur, les gouvernements et l'industrie se montrent vivement intéressés par ce type de protection et l'année dernière, de grandes initiatives sur le respect du secret d'affaires ont été lancées par la Commission européenne ainsi que par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique.

EN QUOI CONSISTE UN SECRET D'AFFAIRES?

Un secret d'affaires est tout simplement une information dont vous ne voulez pas que la concurrence ait connaissance. En règle générale, la loi ne protège pas uniquement les formules ou les dessins et modèles secrets mais aussi des faits élémentaires, comme les fonctions susceptibles d'être proposées



Photo: istockphoto © laughingmango

Le secret d'affaires est un régime juridique qui protège des relations fondées sur la confiance; il est utilisé dans le commerce depuis des millénaires. Il a ainsi permis à une région de Chine de tirer profit pendant plusieurs siècles d'un ingénieux système de sériciculture.

sur le prochain iPhone ou le prochain pays dans lequel une entreprise entend s'implanter.

Le secret d'affaires est utilisé dans le commerce depuis des millénaires. Il a par exemple permis à une région de Chine de tirer profit pendant plusieurs siècles d'un ingénieux système de sériciculture, ou à une famille d'Arménie de rester pendant 400 ans le premier producteur des plus prestigieuses cymbales au monde.

Le secret d'affaires est un régime juridique qui protège des relations fondées sur la confiance. Avant l'avènement de l'ère industrielle, les artisans à l'esprit innovant conservaient jalousement leurs "trucs et astuces" au sein de petites échoppes familiales. Rapidement cependant, avec le passage à la production industrielle, il devint nécessaire de mettre en place un système juridique obligeant tout employé à respecter le caractère confidentiel d'un procédé ou d'un équipement secret.

Il est important de garder à l'esprit que le secret d'affaires est un instrument à caractère licite pour les entreprises, quelle que soit leur taille, et que le respect de ce secret ne saurait être assimilé à un manque de transparence de leur part. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les législations relatives au secret d'affaires peuvent permettre et favoriser le transfert de technologie car elles constituent un moyen de diffuser des informations conforme aux usages du commerce. Bien que certaines dispositions des législations sur les secrets d'affaires

puissent prêter à controverse, à l'image de l'exclusivité des données concernant les sociétés pharmaceutiques (art. 39.3 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)), chacun s'accorde à penser que la divulgation confidentielle est bénéfique à toute économie moderne. Conserver des secrets d'affaires, généralement constitués d'informations sur la clientèle, ses besoins et ses préférences, est en effet le principal moyen utilisé par les petites et moyennes entreprises (PME) pour protéger leur avantage concurrentiel.

Cette situation est plus facile à comprendre en imaginant ce qu'il se passerait si la législation relative au respect des règles de confidentialité n'existait pas. Les recrutements au sein des entreprises diminueraient, sachant que toute nouvelle embauche entraînerait une augmentation du risque de perte d'informations. Parallèlement, les coûts liés aux dispositifs permettant d'assurer une sécurité physique (serrures, barrières, etc.) seraient plus élevés. Surtout, de nombreuses concessions sous licence et collaborations de recherche ne verraient jamais le jour, sachant que rien n'empêcherait un associé de se sauver en emportant la dernière technique mise au point et d'exercer une concurrence déloyale envers son concepteur. La rétention d'informations deviendrait alors pratique courante, ce qui freinerait le progrès et l'innovation.

QUEL EST L'INTÉRÊT DU SECRET D'AFFAIRES?

Comment expliquer qu'un si grand nombre d'entreprises fassent appel à la protection au titre du secret d'affaires pour conserver leur avantage concurrentiel? Premièrement, ce type de protection est moins onéreux que d'autres formes de propriété intellectuelle nécessitant un enregistrement auprès d'un organisme public, ce qui est généralement synonyme de frais liés au recours à un avocat ou à d'autres spécialistes. Par opposition, tout ce que vous avez à faire pour établir votre droit à la protection au titre du secret d'affaires, c'est d'être vigilant vis-à-vis de ce secret, et de ne dépenser que le strict nécessaire pour empêcher sa divulgation. En règle générale, il suffit d'assurer la sécurité de vos installations et de conclure des accords de confidentialité avec vos employés et vos fournisseurs.

Qui plus est, le secret d'affaires permet de protéger un volume d'informations bien plus important que ne le permet un brevet, lequel ne peut être délivré que pour une innovation technique véritablement nouvelle. Le secret d'affaires couvre toute information qui vous procure un avantage, même s'il est déjà utilisé par un tiers; ne pas révéler ce secret au public est la seule limite.

C'est là l'inconvénient du secret d'affaires: il ne présente aucune garantie d'exclusivité. À supposer qu'un tiers découvre votre secret sans vous le voler, vous n'aurez aucun recours possible, bien que pour la plupart des entreprises, ce ne soit pas un problème majeur.

LA PROTECTION JURIDIQUE

À l'instar d'autres formes de propriété intellectuelle, le droit du secret des affaires relève des systèmes juridiques nationaux. Des normes internationales ont néanmoins été prévues pour protéger les secrets (qualifiés de "renseignements non

divulgués") dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, en 1995. Ainsi, aux termes de l'article 39 de cet accord, les États membres protégeront les "renseignements non divulgués" contre toute utilisation non autorisée "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" (ce qui s'entend de pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et la concurrence déloyale). Ces renseignements ne doivent pas être généralement connus du public, ne doivent pas être aisément accessibles et doivent avoir une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; en outre, ils doivent avoir fait l'objet, de "dispositions raisonnables" destinées à les garder secrets. Cette formule générale relative aux législations sur le secret des affaires a été adoptée par plus de 100 des 159 membres de l'Organisation mondiale du commerce.

Les articles 42 à 49 de l'Accord sur les ADPIC traitent des moyens de faire respecter les droits; ils stipulent que les détenteurs de droits de propriété intellectuelle doivent avoir accès à des procédures judiciaires civiles et que les "renseignements confidentiels" doivent être protégés contre toute divulgation. Toutefois, compte tenu de la diversité des systèmes judiciaires nationaux et des méthodes employées pour permettre l'accès aux éléments de preuve, le respect des droits relatifs aux secrets d'affaires est généralement perçu comme non uniforme d'un pays à l'autre.

“Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les législations relatives au secret d'affaires peuvent permettre et favoriser le transfert de technologie car elles constituent un moyen de diffuser des informations conforme aux usages du commerce.”

LE CYBERESPIONNAGE

Résoudre les problèmes liés à la protection des secrets se révèle néanmoins plus difficile sur le plan pratique que sur le plan juridique. Paradoxalement, la formidable vague d'innovation qui a déferlé sur le monde en lui apportant tant d'avantages a également facilité la tâche de voleurs en quête de précieuses informations commerciales. Grâce à un procédé connu sous le nom d'"harponnage" par exemple, des espions commerciaux envoient un courrier électronique contenant des informations personnelles glanées sur Facebook ou d'autres réseaux sociaux, ce qui empêche le destinataire du message de détecter le canular. Une fois le lien contenu dans le message ouvert, le logiciel malveillant du voleur, connu sous le nom de "maliciel", envahit l'ordinateur du destinataire et, par le biais de cet ordinateur, se propage sur le réseau de l'employeur. Niché à l'intérieur du



Conserver des secrets d'affaires est le principal moyen utilisé par les PME pour protéger leur avantage concurrentiel.

système informatique où il peut rester des mois, voire des années, le silencieux envahisseur recherche d'importants fichiers ou mots de passe confidentiels et les transmet aux pirates informatiques, lesquels en font ensuite usage ou les revendent.

Remonter à l'origine de ce cyberespionnage est particulièrement complexe compte tenu du caractère omniprésent et anonyme de l'Internet. Évaluer l'incidence de cette pratique sur les entreprises est tout aussi difficile, en partie parce que de nombreuses sociétés ignorent que leur système informatique a été corrompu, et aussi parce que celles qui en ont conscience hésitent généralement à le signaler. Des études montrent néanmoins que ce problème s'intensifie et les gouvernements du monde entier cherchent des moyens de le résoudre.

Pour les entreprises, il ne s'agit pas seulement de protéger leurs propres informations de valeur mais aussi d'éviter d'être contaminées par des secrets appartenant à des tiers. Sur un marché mondial caractérisé par la libre circulation des travailleurs et par des réseaux complexes de relations entre fournisseurs et clients de sociétés, il convient d'être particulièrement vigilant pour éviter d'être infecté par des informations non désirées. Face à une concurrence accrue, les entreprises doivent également œuvrer sans relâche à la recherche de nouveaux moyens d'exploiter leurs secrets, que ce soit par le biais d'une commercialisation directe, de collaborations ou d'octrois de licences. Dans l'intervalle, le volume même de données potentiellement intéressantes présente ses propres défis en termes d'inventaire et d'appréciation.

Pour les entreprises qui font appel à la protection par brevet, le secret d'affaires est un élément essentiel du processus d'innovation. La plupart des législations nationales relatives aux brevets imposant la condition de "nouveau absolu", tant qu'une demande de brevet n'est pas déposée, l'invention doit être entièrement protégée contre tout risque de divulgation. Or, lorsqu'il est nécessaire de perfectionner une technique au moyen d'expérimentations hors laboratoire, cela peut s'avérer extrêmement difficile. C'est la raison pour laquelle les débats relatifs à l'harmonisation du droit des brevets à l'échelle internationale envisagent souvent un "délai de grâce" pouvant atteindre une année avant tout dépôt de demande, période pendant laquelle toute divulgation de la part d'un inventeur n'empêchera pas le dépôt ultérieur d'une demande de brevet.

AVANTAGES POUR LES PME

Une comparaison de la protection au titre des brevets et des secrets d'affaires permet de mieux saisir l'importance des

“C’est dans le domaine en pleine expansion de ‘l’innovation ouverte’ que les législations relatives au secret d’affaires peuvent être les plus profitables, notamment pour les petites entreprises et les inventeurs de pays en développement et de pays les moins avancés.”

droits relatifs aux secrets d'affaires pour les PME. Les brevets sont la clé du succès de nombreuses entreprises, notamment lorsqu'elles pénètrent des marchés mondiaux où une période d'exclusivité est nécessaire pour couvrir les frais liés à l'innovation et à la prise de risque. Ce type d'avantage est considérablement amplifié en cas de recours au Traité de coopération en matière de brevets (PCT), le système international de dépôt de demandes de brevet administré par l'OMPI, car il donne aux déposants jusqu'à 30 mois pour affiner leurs projets et trouver des partenaires et des sources de financement. Pour autant, les brevets ne sont pas le seul instrument permettant de protéger un avantage technologique. Le secret d'affaires peut lui aussi conférer une protection dans le cadre d'octrois de licences et de différents types de collaboration.

De fait, c'est dans le domaine en pleine expansion de "l'innovation ouverte" que les législations relatives au secret d'affaires peuvent être les plus profitables, notamment pour les petites entreprises et les inventeurs de pays en développement et de pays les moins avancés. Ces acteurs ont souvent la possibilité de tirer le meilleur parti de leur créativité exceptionnelle et de leur savoir local en collaborant avec de grandes multinationales bien établies à la recherche d'idées novatrices. Les législations nationales relatives aux secrets d'affaires rendent possible ce type de partenariat – qui correspond à la création de "réseaux de confiance" rassemblant des PME et d'autres innovateurs – en protégeant l'intégrité des informations échangées.

Après être restés relativement dans l'ombre pendant un long moment, les secrets d'affaires suscitent aujourd'hui un vif regain d'intérêt. De fait, il y a lieu de nourrir des inquiétudes quant aux effets de l'espionnage commercial qui, à l'instar d'autres formes de piratage, perturbe les marchés et ralentit le progrès. Mais il convient aussi de s'intéresser au secret d'affaires pour les avantages qu'il présente en termes de soutien et de mise en valeur du travail de création de particuliers et de PME du monde entier, car il leur permet de nouer des relations avec d'autres entreprises et de proposer des solutions novatrices au public. ♦