Question Q215
RAPPORT

National Group :	Groupe Français GRAPI (Groupe Rhône-Alpes de l'AIPPI)
Title:	**Protection of Trade Secrets through IPR and Unfair Competition Law** **La protection des secrets d'affaires par les droits de Propriété Intellectuelle et le Droit de la concurrence déloyale**
Contributors :	Jean-Pierre STOULS (Président), Francis HAGEL (co-rapporteur), Samuel LE CACHEUX (co-rapporteur), Michel DE BAUMONT, Isabelle BERTHAUX, Thomas BOUVET, Thomas CUCHE, Laurène DELSART, Pierre GENDRAUD, Dominique GUERRE, Anne LAURENT, Olivier DE MAISON ROUGE, Stéphane PALIX, Laure SARLIN, Gabrielle DE SARS, Yannick SIGNARD, Inès TRIPOZ, Blandine TRONEL, Bernard UGHETTO
Representative Within Working Commitee:	Jean-Pierre STOULS (Président), Francis HAGEL (co-rapporteur), Samuel LE CACHEUX (co-rapporteur), Michel DE BAUMONT, Isabelle BERTHAUX, Thomas BOUVET, Thomas CUCHE, Laurène DELSART, Pierre GENDRAUD, Dominique GUERRE, Anne LAURENT, Olivier DE MAISON ROUGE, Stéphane PALIX, Laure SARLIN, Gabrielle DE SARS, Yannick SIGNARD, Inès TRIPOZ, Blandine TRONEL, Bernard UGHETTO
Date :	Rapport du 17 mars 2010

1 Legal developments on trade secrets
Evolution juridique relative aux secrets d'affaires

Le droit français reconnaît et protège, de longue date, les secrets d'affaires, principalement par le droit commun des obligations et de la responsabilité délictuelle.

Le secret d'affaires est applicable par nature à tout type d'information. Les secrets d'affaires peuvent ainsi concerner des types d'informations aussi variés que des données d'observation, des informations commerciales ou financières, des méthodes d'organisation, des idées de marketing, qui méritent une protection en raison de leur valeur. A cet égard, il convient de remarquer que d'autres domaines que la Propriété Intellectuelle (droit de la concurrence communautaire et interne, droit des marchés publics) ont reconnu l'importance de ces informations et la légitimité de la protection des secrets d'affaires des entreprises.

La jurisprudence au cours de la dernière décennie est cependant peu nombreuse et, en cas de condamnation, sauf exceptions, les sanctions prononcées sont limitées à des dommages-intérêts modestes ; l'interdiction d'usage est très rare.

Ceci peut laisser penser que la protection des secrets d'affaires en France serait globalement peu efficace.

La ratification du traité ADPIC par la France n'a pas modifié sensiblement le statut juridique du secret des affaires. La loi N° 96-1106 du 18 décembre 1996 modifiant le CPI en application du traité ADPIC ne comporte en effet aucune disposition relative au secret d'affaires. Des éléments plus détaillés sont fournis dans la réponse à la question 4, où il sera rappelé en particulier le principe constitutionnel selon lequel les traités prévalent sur le droit interne.

Sur le plan des évolutions récentes, il faut noter des propositions parlementaires tendant à rendre plus efficace le volet pénal du droit du secret d'affaires, inspirées par des considérations de protection du patrimoine industriel et de sécurité nationale. Une proposition de loi a ainsi été déposée à l'Assemblée Nationale par M. Bernard Carayon le 17 juin 2009. Cette proposition, qui vise à la création d'un « nouveau droit du secret des affaires », constate que la législation relative à la concurrence déloyale ne s'applique que dans des conditions difficiles à réunir et peu contraignantes pour les contrevenants ». Elle fait explicitement référence au « Cohen Act » américain, également dénommé « Economic Espionage Act », premier texte fédéral en matière de secret d'affaires.

Il convient enfin de mentionner l'initiative d'une coalition d'industriels européens appelée « The Trade Secrets & Innovation Coalition » qui milite en faveur de la reconnaissance du secret d'affaires par les institutions européennes et d'une protection efficace pour sa protection. Cette coalition préconise la création d'un droit du secret d'affaires au niveau de l'Union Européenne et l'application de la « Directive Contrefaçon » 2004/48 au secret d'affaires.

En dehors de la sphère juridique, il convient de souligner que selon la norme IFRS en vigueur depuis 2003, les coûts de développement doivent être immobilisés à l'actif du bilan des entreprises. Les informations résultant des projets de développement n'étant pour l'essentiel protégées que par le secret, l'entrée en vigueur de la norme IFRS revient à une reconnaissance de l'importance des secrets d'affaires sur le plan financier.

2 Definition of trade secrets
Définition du secret d'affaires

Aucun texte à portée générale ne vise en France la protection des secrets de l'entreprise, de ses secrets commerciaux ou de son savoir faire.

Le droit français ne comporte qu'une seule disposition spécifique au secret de fabrication. Son domaine d'application est limité au contrat de travail.

Il s'agit de l'article L 621-1 du Code de la Propriété Industrielle qui reprend l'article L1227-1 du Code du travail lequel prévoit des sanctions pénales à l'égard de tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, qui aura révélé ou tenté de révéler un secret de fabrication.

L'expression *« secret de fabrication »* a d'ailleurs remplacé, depuis le 1er mai 2008, l'expression *« secret de fabrique »*, ce qui semble restreindre le champ d'application de ces dispositions.

Mais ce texte ne donne aucune définition du secret de fabrique ou de fabrication.

Il n'existe pas davantage de définition de la notion voisine de secret d'affaires en droit positif[1].

Des dispositions internationales ou communautaires exercent une influence dans la définition de ces notions. Il s'agit principalement de l'article 39.2 de l'accord ADPIC pour la protection des renseignements non divulgués et de l'article premier du Règlement CE n° 772/2004 du 27 avril 2004 relatif à des catégories d'accords de transfert de technologies.

En raison de l'absence de disposition générale du droit positif, la définition de ces notions a été essentiellement élaborée par la jurisprudence d'une part, à l'occasion de l'application de l'article L 621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, et d'autre part, à propos de litiges d'ordre contractuel ou de concurrence déloyale dans lesquels la violation d'un secret de fabrique ou d'affaires était invoquée.

Parce qu'elles ont été dégagées dans des contextes différents - droit pénal, droit civil - les notions de secret de fabrique et de secret d'affaires ne sont pas, en jurisprudence, absolument uniformes, mais elles sont néanmoins formulées aujourd'hui de manière claire et stable.

Une première définition de la notion de secret de fabrique a été fournie par la jurisprudence pénale chargée d'appliquer les disposions qui sont aujourd'hui intégrées à l'article L621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

Dès 1931, la Chambre Criminelle de la Cour de cassation a donné la définition suivante du secret de fabrique :
« Tout procédé de fabrication qui offrant un intérêt pratique et commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché par lui à ses concurrents qui avant la communication qui leur en a été faite ne le connaissait pas. » (Arrêt du 30 décembre 1931).

---

[1] Selon *la proposition de loi du 17 juin 2009 évoquée au point 1, sont des informations à caractère économique protégées « les informations ne constituant pas des connaissances générales pouvant être facilement et distinctement constatées par le public, susceptibles d'être source, directement ou indirectement, d'une valeur économique pour l'entreprise, et la protection desquelles leur détenteur légitime a pris-, après consultation du Comité d'Entreprise et information des salariés de l'entreprise, des mesures substantielles conformes aux usages ». Cette proposition n'a pas connu de suite à ce jour.*

Cette définition a été maintenue jusqu'à l'époque actuelle sans modification fondamentale. Elle a encore été récemment reprise par un arrêt récent de la même Chambre du 19 septembre 2006.

Elle est circonscrite à la notion de secret de fabrique, étroitement associée à celle de procédé de fabrication car elle a été élaborée par cette jurisprudence à l'occasion de la mise en œuvre d'un texte pénal dont une interprétation stricte s'impose.

La jurisprudence civile et commerciale a eu à se prononcer sur une notion dont la portée est plus large que le secret de fabrique, celle de secret d'affaires qui concerne non seulement les processus de fabrication mais également l'organisation interne de l'entreprise, ses clients et ses fournisseurs, ses savoir-faire techniques et commerciaux.

Selon cette jurisprudence, le secret d'affaires est légitimement protégeable lorsqu'il consiste :

> « *en un ensemble substantiel et formalisé de connaissances non directement accessibles et conférant un avantage compétitif à celui qui le détient* ».

A propos d'un contrat de franchise, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a utilisé une définition proche qui est exactement celle que donnait le Règlement CE 4087/88 du 30 novembre 1988 « *ensemble d'informations pratiques non brevetées résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié* » [2] (arrêt du 1er juillet 2003). Cette définition, dans son accent sur les caractères « substantiel » et « identifié », est très marquée par le contexte particulier du contrat de franchise.

Il résulte de cet ensemble jurisprudentiel que si la notion de secret de fabrique est d'interprétation stricte, celle de secret d'affaires s'applique à des domaines différenciés : industriel, commercial, documentaire.

Aucune condition de forme n'est imposée à la reconnaissance de l'une ni de l'autre.

En revanche trois conditions de fond essentielles se dégagent clairement de cette jurisprudence.

Pour être protégeable, le secret de fabrique ou d'affaires doit :

- être substantiel
- être secret ou en tout cas non immédiatement accessible au public ce qui légitime un secret partagé ou partiellement révélé
- constituer un avantage concurrentiel.

Les définitions ainsi dégagées, proches des dispositions internationales ou communautaires qui traitent du secret de fabrique ou d'affaires, apparaissent cohérentes et permettent dans la pratique d'apprécier assez clairement le contenu de ces notions.

---

[2] *Ce Règlement a depuis été remplacé par le Règlement 2970/1999 du 22 décembre 1999 qui fournit une définition proche mais plus complète que le précédent :*
« Les « savoir-faire » signifie un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; « substantiel » signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; « identifié » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité »

Il convient d'ajouter que la question de la protection des secrets d'affaires peut se poser dans des contextes divers, tels que les procédures de droit de la concurrence internes ou communautaires et les procédures d'attribution de marchés publics. La jurisprudence des instances compétentes offre des définitions des secrets d'affaires qu'il serait également justifié de prendre en compte, car dans tous les cas c'est bien de secrets d'affaires qu'il s'agit.

La décision du TPI du 18 septembre 1996 Postbank/Commission énonce :

« les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci. »

Cette définition ne comporte pas les conditions restrictives des jurisprudences évoquées plus haut.

En matière administrative, on relèvera les décisions de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) citées dans un article de D.Capitant *« Secret des affaires et marchés publics devant le juge communautaire »* Lamy collectivités territoriales, mai 2008, qui ont l'intérêt d'offrir des définitions très détaillées :

« trois types de mentions couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale devront être occultées des procès-verbaux si elles y figurent :

- les mentions couvertes par le secret des procédés, qui recouvre les techniques de fabrication, telles que la description des matériels utilisés et du personnel employé ;
- les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières, catégorie dans laquelle entrent les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit comme par exemple le chiffre d'affaires, les effectifs et généralement toutes les informations de nature à révéler le niveau d'activité ;
- les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales, catégorie dans laquelle entrent des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs, le montant des remises consenties, etc. »

3 Control of trade secrets
Contrôle du secret d'affaires

3.1 Contrôle premier

Il faut indiquer en premier lieu que dans tous les cas, les Articles L.1134 al. 3 et 1135 du Code Civil et L.120-4 du Code du Travail établissent une obligation de loyauté du salarié vis-à-vis de son employeur, qui implique notamment une obligation de discrétion à l'égard des informations confidentielles auxquelles le salarié a accès. Il est logique de considérer que les informations confidentielles en question doivent inclure des informations développées par le salarié lui-même. A ce titre, on peut estimer que le contrôle premier appartient à l'employeur.

Néanmoins, ce contrôle premier est contrebalancé, selon la nature du secret en cause, par son rattachement éventuel à une catégorie de droit de Propriété Intellectuelle instituée par la loi.

En effet, si le droit des brevets d'invention aborde expressément cette question (3.2), il n'en est pas de même pour les créations non brevetables, notamment des secrets d'affaire à caractère non technique (3.3).

Il faut en outre rappeler que les règles applicables au droit d'auteur prévoient un régime totalement différent (3.4).

3.2 Contrôle des inventions brevetables

En ce qui concerne les inventions brevetables, il convient de distinguer selon que l'invention a été réalisée dans le cadre d'un contrat de travail ou par des agents du secteur public (3.2.1) ou dans le cadre d'un contrat de recherche (3.2.2).

3.2.1 Contrôle des inventions brevetables réalisées par un salarié ou un agent du secteur public

L'Art. L 611-7 du Code de la Propriété Intellectuelle régit la propriété des inventions brevetables réalisées par un salarié ou un agent du secteur public.

Il distingue les inventions de mission et les inventions hors mission.

Tout d'abord, il est clairement disposé que les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail, comportant une mission inventive, soit d'études et de recherches (inventions de mission) qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur.

Si l'invention est faite par le salarié « hors mission », soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance de techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle, l'employeur a le droit de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'innovation de son salarié. Dans ce cas une copropriété est donc possible.

Conformément à l'Art. L 611-7 et dans tous les cas, le salarié, auteur d'une invention, doit en informer l'employeur.

Le salarié et l'employeur doivent se communiquer tous renseignements utiles sur l'invention en cause.

Ils doivent s'abstenir de toute divulgation de nature à compromettre en tout ou partie l'exercice des droits.

Par conséquent, l'employé qui conçoit une invention brevetable doit en premier lieu informer l'employeur et conserver le secret sur ces informations.

On notera que la loi parle ici d'invention et non de brevet. Il est constant que ces dispositions s'appliquent à toute invention brevetable, qu'elle soit brevetée ou non[3]. L'employeur détenteur des droits sur l'invention reste donc maître de son traitement : protection par le secret ou par le brevet.

Ces dispositions s'appliquent aux salariés et agents publics, mais non en dehors d'une relation salariée.

[3] Marianne Mousseron, *Les inventions de salariés*, collection de CEIPI, 1995, p. 77

3.2.2 Contrôle des inventions réalisées dans le cadre d'une relation non salariée, notamment d'un contrat de recherche

Aucune disposition légale ne règle le droit aux inventions réalisées dans le cadre d'un contrat de recherche passé entre deux entreprises ou d'inventions réalisées par un consultant[4].

Les dispositions relatives aux inventions de salariés ne sauraient s'appliquer, dans ce cas, puisque l'auteur de l'invention n'est pas lié au donneur d'ordre par un contrat de travail, mais par un contrat de recherche, contrat de prestation de services couramment classé dans la catégorie juridique du contrat d'entreprise.

La propriété de l'invention est dans ce cas régie par l'accord intervenu entre les parties.

Les contrats de recherches stipulent ainsi le plus souvent que la propriété des résultats appartiendra à l'une ou l'autre des parties.

À défaut de disposition, il faut se rapporter à la nature de la relation entre les parties.

La doctrine et la jurisprudence française considèrent que, dans le cadre d'un contrat de recherche unilatérale, le droit au brevet revient à celui qui a commandé les travaux et qui les finance, non pas à l'entrepreneur qui mène les recherches[5].

Cette solution semble s'imposer eu égard à la nature des relations entre les parties ; la partie qui commande une recherche n'aurait aucun intérêt à financer les travaux si elle n'était assurée de pouvoir utiliser le résultat de cette recherche.

Le donneur d'ordre ayant le contrôle du résultat des recherches qu'il commande et qu'il finance, la doctrine retient également que l'entrepreneur qui effectue la recherche est tenu de remettre le résultat de ses recherches au donneur d'ordre (obligation d'information) et de préserver la confidentialité de ces informations (obligation de confidentialité).

3.3 Contrôle des créations non techniques

Les dispositions de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent à toutes les inventions, qu'elles soient brevetées ou non ; mais elles ne s'appliquent qu'aux inventions brevetables, donc de nature technique.

Le contrôle des secrets non techniques échappe donc à ces dispositions et repose à nouveau sur le droit des obligations et la convention entre les parties.

Le recours au droit commun doit conduire à suivre le même raisonnement que celui précédemment invoqué pour les inventions réalisées dans le cadre d'un contrat de recherche, donc à accorder le contrôle à celui qui commande la recherche et qui la finance.

---

[4] Marianne Mousseron, *Les inventions de salariés*, collection de CEIPI, 1995, p. 107

[5] *Contrats de recherche*, Yves Reboul, collection CEIPI, Jurisclasseur Brevets, fasc. 100 : *Contrats de recherche*, n° 123 et s. ; *Droit de la propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Cours, 2è éd. 2003, n° 288 et 289, p. 126 ; Lyon, 1re chambre, 25 juin 1985, Kis / Bernhein ; Paris, 11 mars 1980, Entat / SEM ; Com, 3 juin 1998, PIBD 1998.III.531

3.4 Droit d'auteur

En ce qui concerne les créations susceptibles de protection par droit d'auteur, on distingue plusieurs cas selon qu'il s'agit d'une œuvre collective ou individuelle ou encore de logiciels, bases de données etc.

Conformément à l'Art. L 111-1 du code de la Propriété Intellectuelle, l'auteur d'une œuvre jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

En cas de création résultant d'un travail collectif, dite œuvre collective, l'Art. L 113-5 du code de la propriété Intellectuelle dispose clairement que cette œuvre collective est, sauf preuve contraire, propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée.

L'employeur sous le nom duquel est divulguée l'œuvre est donc investi des droits d'auteur. Conformément à l'Art. L 121-2 du code de la propriété intellectuelle, seul l'auteur a le droit de divulguer son œuvre.

Par conséquent, en cas d'œuvre collective, l'employeur aura la maîtrise des droits et de la confidentialité, alors qu'en cas de création individuelle, la titularité des droits et contrôle du secret devront être organisés par le contrat spécifique distinct du contrat de travail, la cession globale d'œuvres futures étant nulle (Article L 131-1 CPI).

En ce qui concerne les bases de données, celles-ci bénéficient d'une protection qui prévoit la dévolution ab initio des droits au producteur de la base de données (art L341-1 CPI). Le producteur peut donc en contrôler la confidentialité

En ce qui concerne les œuvres créées par des fonctionnaires, les Art. L 131-3-1 et suivants du CPI prévoient un transfert automatique des droits patrimoniaux à l'Etat ou l'institution dont le fonctionnaire dépend pour l'accomplissement d'une mission de service public.

De même, cf. l'Article L 113-9 du CPI, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de l'employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer.

Seuls les droits patrimoniaux étant transférés, on peut se poser la question du contrôle de la confidentialité.

3.5 Utilisation des compétences du salarié

La jurisprudence admet que l'ancien salarié d'une entreprise est libre d'utiliser dans une nouvelle fonction le savoir acquis par lui au sein de son ancienne entreprise, dès lors qu'il ne commet aucun détournement de secret de fabrication.

3.6 Copropriété des secrets d'affaires

Ni le droit, ni la jurisprudence n'envisagent de copropriété des secrets d'affaires. Néanmoins, une pratique courante dans les contrats de collaboration de R&D consiste à instituer un principe de copropriété des résultats, qui implique une copropriété de secrets d'affaires. Un tel principe est flou. Son application concrète en ce qui concerne en particulier le respect de la confidentialité, les possibilités de divulgation, les droits à l'obtention d'une protection (brevet ou autre), l'usage, fait normalement l'objet de dispositions détaillées dans le contrat.

4 Source of law for trade secret protection
Origine légale de la protection du secret d'affaires

4.1 Le droit interne

Il n'existe pas de législation de droit civil pour la protection des secrets d'affaires en général.

Il existe un texte pénal spécifique, l'article L.621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI), qui reprend les dispositions de l'article L1227-1 du Code du Travail, relative à la divulgation du secret de fabrique.

Cet article, dans sa dernière version, dispose que :

> *« Le fait pour un directeur ou un salarié, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 €. Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal. »*

Cet article est triplement limité : il faut tout d'abord que ce soit un secret de fabrication - il ne s'agit pas de n'importe quel secret, seul un secret de fabrication est susceptible d'être protégé par ces dispositions - et non toutes informations non divulguées ; que la personne qui commette l'acte soit un salarié (ou un directeur) ou un ancien salarié et non une personne quelconque à qui on aurait communiqué le secret ou des informations confidentielles ; et que l'acte incriminé soit une révélation ou une tentative de révélation, et non une utilisation.

Cette disposition est très ancienne, puisque le droit français connaît cette disposition depuis 1810 ; elle a été modifiée par la loi 92-1136 du 16 Décembre 1992 et pour la dernière fois par une Ordonnance de 2007 relative au droit du travail.

L'article 226-13 du Code Pénal contient des dispositions sur la révélation d'informations à caractère secret.

Cet article dispose que :

> *« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. »*

Cet article s'applique au secret professionnel ; du fait de la généralité des termes employés, il pourrait sembler viser toutes sortes d'informations, par exemple commerciales ou techniques, qui ont été communiquées à une personne, dans un cadre précis, mais qui semblent relativement larges, par exemple pour une mission temporaire. Mais comme le montrent les articles 226-14 et suivants du Code Pénal, il a pour objet la protection des personnes et vise des informations nominatives dont sont dépositaires des personnes tenues au secret professionnel telles que médecins et assistantes sociales.

Une décision relativement ancienne de la Cour de Cassation (Cour de Cass., Chbre. Crim., 7 Novembre 1974) a permis également d'inculper le bénéficiaire de la communication du secret de fabrique à titre de recéleur.

L'article 321-1 du Code Pénal dispose que :

« Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier par tout moyen du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 € d'amende. »

Le délit d'abus de confiance a également été retenu dans certaines décisions.

L'article 314-1 du Code Pénal dispose que :

> *« L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bine quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire usage déterminé.*
> *L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000€ d'amende. »*

L'infraction de recel a aussi été retenue dans certaines décisions.

Il faut ajouter que le Code de la Propriété Intellectuelle contient dans ses sections relatives au brevet et au droit d'auteur (logiciels) des dispositions pertinentes pour la protection d'informations confidentielles.

Ainsi, en ce qui concerne les inventions de salariés, les articles L.611-7-3° et R.611-10 CPI interdisent la divulgation d'une invention aussi bien par le salarié que par l'employeur avant le dépôt d'une demande.

Une autre disposition, purement défensive mais importante, est l'article L.613-7 CPI sur l'exception de possession personnelle antérieure, qui préserve la liberté d'exploitation d'une invention à l'égard du brevet d'un tiers pour celui qui était en possession de l'invention avant le dépôt du brevet.

En ce qui concerne les logiciels, l'article L.122-6-1 CPI définit de façon détaillée les conditions dans lesquelles l'utilisateur d'un logiciel peut accéder au code-source à partir du code-objet (opération appelée « décompilation ») et énonce des restrictions de confidentialité et d'usage pour les informations acquises par l'utilisateur, en vue de protéger le secret du code-source.

4.2 Le droit communautaire

Il convient tout d'abord de noter que le droit communautaire a reconnu l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires dans le cadre des procédures de droit de la concurrence (CJCE 24 juin 1986, 53/85, Akzo Chemie, rec. CJCE p. 1965) et de la réglementation sur les marchés publics.

Par contre, il n'existe pas dans le droit européen de dispositions visant à protéger le savoir-faire, au-delà des dispositions nationales.

4.3 La protection est-elle conférée par la jurisprudence ou par application directe des dispositions correspondantes de l'accord ADPIC ?

La protection en matière civile repose sur l'action en concurrence déloyale et la jurisprudence est donc déterminante.

Pour ce qui est de l'accord ADPIC, la loi N° 96-1106 du 18 décembre 1996 modifiant le Code de la Propriété Intellectuelle en application du traité ADPIC ne comporte aucune disposition relative au secret d'affaires. Cette loi indique dans son préambule que les modifications à apporter au CPI sont très limitées, « le droit français atteignant déjà le minimum énoncé par l'accord ». Cette affirmation est contestable quand on constate en particulier que la possibilité d'obtenir une interdiction d'usage, explicitement prévue par l'article 39.2 du traité ADPIC, est absente de notre droit positif.

Quant à l'invocation directe de l'article 39.2 du traité ADPIC, qui pourrait s'appuyer sur le principe de l'article 55 de la Constitution selon lequel un traité ratifié prévaut sur le droit interne, il n'en existe pas d'exemple dans la jurisprudence. On ne trouve pas non plus dans la jurisprudence de cas où l'article 39.2 du traité ADPIC a été cité en tant qu'autorité à l'appui d'une demande.

4.4 Dans votre pays, est-ce que le Secret d'affaires appartient à la catégorie des droits de propriété ? Ou bien la protection provient-elle du droit de la concurrence déloyale ou autre source légale contre une appropriation frauduleuse ou des pratiques commerciales malhonnêtes?

En France, la protection du secret d'affaires ne vient pas du droit de propriété, mais de l'application des règles de la concurrence déloyale ou plus généralement des dispositions sur la responsabilité civile.

5 Available remedies
Sanctions disponibles

5.1 Actes prohibés

Les actes prohibés soit par des textes répressifs relevant du droit pénal, soit au titre de la concurrence déloyale et relevant du droit civil ont pu être recensés dans la Jurisprudence de la manière suivante :

- La révélation d'un secret de fabrique par un directeur ou salarié d'une entreprise ;
- Le vol de documents contenant un secret d'affaire,
- Le détournement de documents contenant un secret d'affaires afin d'en faire un usage non prévu ;

- L'usage ou la révélation d'un secret d'affaire, sans autorisation, par une personne à qui le propriétaire l'a confié ;
- Le débauchage déloyal de salariés d'un concurrent en vue d'obtenir des secrets d'affaires (espionnage industriel ou commercial).

Ces actes recoupent la liste énoncée dans la résolution Q115 de Copenhague.

5.2 Sanctions pénales

Les sanctions peuvent être pénales, dans des cas précis et déterminés par un texte, et/ou civiles.

- Les sanctions pénales :
  - L'Article L. 1227-1 du code de Travail (ou Article L.621-1 du Code de Propriété Intellectuelle) qui sanctionne la révélation d'un secret de fabrication (2 ans d'emprisonnement et 30.000 €uros d'amende) : mais infraction limitée aux personnes titulaires d'un contrat de travail, limitée aux procédés secrets industriels et originaux (exclusion des secrets commerciaux) et concerne le seul acte de révélation et non d'usage.
  - Les textes de droit pénal général : les infractions de vol (art. 311-1 du Code Pénal : 3 ans d'emprisonnement et 45.000 d'amende sans circonstance aggravante), ou vol informatique (articles 323-1 et suivants du CP allant jusqu'à 5 ans et 75.000 €uros d'amende), et d'abus de confiance (art. 314-1 du Code pénal : 3 ans et 375.000 €uros d'amende) ont pu également s'appliquer aux secrets d'affaires en cas d'obtention du secret par des moyens frauduleux ;

Ces infractions nécessitent que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction soient réunis (éléments matériel, légal et moral).

Elles nécessitent donc une intention frauduleuse de l'auteur de l'infraction, en l'absence de laquelle les délits ne peuvent être constitués.

Le bénéficiaire du secret (qui n'est pas l'auteur de l'infraction) peut être poursuivi en tant que complice ou receleur.

Les sanctions pénales pourraient avoir un effet dissuasif ou à tout le moins menaçant.

La voie pénale est intéressante en matière d'obtention de preuves en revanche, le demandeur perd le contrôle de la procédure et les éléments constitutifs des infractions ne sont pas évidents à réunir.

5.3 Sanctions civiles

En l'absence de texte spécifique en cas de violation du secret d'affaire, ce sont donc les textes de droit commun qui s'appliquent, à savoir :

- En cas de violation du secret en dehors de toute obligation contractuelle : responsabilité civile délictuelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil, qui s'appliquent à tout acte fautif, et/ou frauduleux, de révélation ou d'usage d'un secret d'affaire : les sanctions sont l'allocation de dommages et intérêts. En ce qui concerne les mesures d'interdiction, en cas d'exploitation du secret d'affaires, la possibilité existe en théorie (de telles mesures ont été prononcées dans des cas de copie servile) mais de fait des mesures d'interdiction n'ont jamais été prononcées en matière de secret d'affaires.
- En cas de violation d'une obligation contractuelle : responsabilité contractuelle : les sanctions peuvent être prévues par le contrat, à défaut, il peut être envisagé de demander le même type de sanction que pour la responsabilité délictuelle avec en plus la résiliation du contrat.
- Dans le cas d'un contrat de travail et en l'absence de clause spécifique sur les secrets d'affaires, le fait de révéler des informations confidentielles peut être considéré comme une violation de l'obligation générale de loyauté due par le salarié à son employeur, les sanctions civiles seront l'allocation de dommages et intérêts et la rupture du contrat de travail.

Les sanctions civiles peuvent ainsi s'appliquer aux personnes auteurs de la révélation du secret d'affaires et aux personnes bénéficiaires de ce secret.

Par ailleurs, il pourrait être imaginé que les sanctions civiles puissent s'appliquer à une personne de bonne foi, ayant révélé un secret d'affaires, si elle a commis une faute non intentionnelle et/ou par négligence (article 1383 du code civil).

Il est en effet admis que l'action en concurrence déloyale ne nécessite pas une intention frauduleuse (Cour de Cassation, 3 octobre 1978, Bull. IV n°207).

En revanche, les Juridictions françaises ne se réfèrent pas directement aux accords ADPIC et la notion de « grave négligence » prévue à l'article 39.2 n'est pas reprise en tant que telle.

Il est néanmoins possible d'invoquer les accords ADPIC dans le cadre d'une action civile : il n'existe pas d'empêchement à ce qu'un demandeur s'appuie sur les Accords ADPIC pour fonder sa demande et des décisions ont pris en compte les accords ADPIC mais sans les invoquer directement (par exemple, Ordonnance du Juge chargé du contrôle des expertises du TGI de Paris du 29 avril 2009).

5.4 Mesures d'interdictions provisoires

Il peut également être envisagé de solliciter des mesures provisoires d'interdiction par la procédure des référés sous réserve de démontrer un trouble manifestement illicite (exemple, CA Montpellier 10 janvier 2006, jurisdata : 2006-298431)

Mais il ressort de l'analyse de la Jurisprudence française rendue dans ce domaine, que les mesures d'interdiction sont rarement ordonnées et que seuls des dommages et intérêts sont généralement accordés.

5.5 Dommages et intérêts

Le calcul des dommages et intérêt se fait selon le principe général de la responsabilité civile qui est de réparer le préjudice réel : « tout le préjudice mais rien que le préjudice ».

Mais il n'existe pas, comme c'est le cas désormais en matière de contrefaçon, de critère défini par un texte pour calculer le montant des dommages et intérêts.

La Jurisprudence a tendance à accorder le plus souvent un montant forfaitaire (mais quelques décisions ont pu retenir comme critères d'évaluation, le manque à gagner et l'atteinte à l'image de la société).

Les sanctions civiles peuvent parfois apparaître insuffisantes, en particulier pour la victime.

La France ne connaît pas le système de dommages et intérêts punitifs.

Le calcul des sanctions ayant évolué en matière de contrefaçon avec la loi de lutte contre la contrefaçon, il peut être imaginé, dans l'hypothèse d'adoption d'un texte législatif, que les choses puissent également évoluer en matière de révélation de secret.

6 Protection of trade secrets before and during litigation
Protection des secrets d'affaires avant et pendant un litige

Nous répondrons à cette question, principalement, dans le cadre des procédures civiles (1) mais aussi, plus brièvement, dans le cadre des procédures pénales (2) et administratives (3).

6.1 Protection des secrets d'affaires avant et pendant un procès civil

Nous distinguerons les deux aspects de cette question, en examinant successivement :

- la protection des secrets de personnes auprès desquelles des preuves sont recherchées, c'est-à-dire lors d'une procédure d'obtention de preuve ;
- le maintien des secrets d'une ou de plusieurs parties, dans le cadre de procédures judiciaires, lors de la recherche de sanctions devant un tribunal.

6.1.1 Protection des secrets de personnes auprès desquelles des preuves sont recherchées, c'est-à-dire lors d'une procédure d'obtention de preuve

Les différents modes d'obtention de preuve seront examinés successivement. Il apparaîtra que si l'existence d'un secret peut conduire à aménager la mesure, pour protéger un secret, en revanche, l'existence du secret ne saurait constituer un obstacle à la réalisation de la mesure.

6.1.1.1 Mesure d'instruction *in futurum* ou lors d'une procédure en cours (articles 143 à 145 et 275 du Code de procédure civile)

Dans le cadre d'une mesure d'instruction (ordonnée *in futurum*, c'est-à-dire autorisée avant tout procès, ou au cours d'une procédure), le secret des affaires peut être invoqué par le détenteur de la pièce couverte par le secret, mais ce moyen ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de la mesure d'instruction[6] ; le juge peut considérer que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées même si elles entraînent la violation d'un secret.

Dans le cadre d'une expertise, la pratique diffère selon la position des parties :

- dans de nombreux cas, les parties acceptent que l'expert se livre seul à certaines investigations (contrôle comptable, par exemple), sur des documents confidentiels à condition qu'il en rende compte lors d'une réunion ultérieure ;
- mais, dans d'autres cas, les parties voudront pouvoir vérifier elles-mêmes les informations fournies à l'expert ; dans ces cas, la pratique a imaginé une formule, admise par les tribunaux, permettant aux seuls conseils des parties d'assister aux opérations de l'expert et de prendre connaissance des informations confidentielles[7].

Les experts peuvent aménager leur rapport pour protéger un secret, soit en ne mentionnant pas l'information secrète si elle n'est pas nécessaire au juge, soit en ne divulguant pas l'information confidentielle elle-même, mais en indiquant la conclusion à laquelle l'information confidentielle l'amène, soit en plaçant l'information confidentielle dans un pli fermé, remis au tribunal et qui sera ouvert dans des conditions que celui-ci définira.

Force est, en outre, de rappeler les dispositions de l'article 247 du Code de Procédure Civile qui dispose que « *l'avis du technicien, dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime, ne peut être utilisé en dehors de l'instance, si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée.* »

6.1.1.2 Saisie-contrefaçon (Code de la propriété intellectuelle)

Dans le cadre d'une saisie-contrefaçon, le saisi peut demander que certaines précautions soient prises pour protéger des informations confidentielles. En pratique, il peut demander à l'huissier qui réalise la saisie-contrefaçon de placer les documents ou les produits appréhendés sous scellés fermés et de les garder par devers lui sans les remettre au requérant[8], à savoir le titulaire des droits de Propriété Intellectuelle ou son licencié.

---

[6] Cass. civ, 2e, 7 janvier 1999, Bull. 1999, II, n° 4, page 3 : « *le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile* ».

[7] *Centre Paul Roubier*, La Propriété industrielle et le secret, 4 avril 1995, « *Le secret et les procédures juridictionnelles en matière de propriété industrielle* », Pierre Véron, pages 63 à 81 ; TGI Paris, 3e chambre, 2e section, JME, 11 juillet 2003, *RD propr. intell.*, n° 152, octobre 2003, pages 9 à 11 ; TGI Paris, 3e chambre, 1e section, JME, 1er décembre 2003, *RD propr. intell.*, n° 156, février 2004, pages 18 à 20 ; TGI Paris, Juge du contrôle des expertises, 29 avril 2009

[8] V. par exemple, TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 12 mai 2006, RG n°05/12994 — TGI Paris, 3e ch., 2e sect., ord. JME, 9 nov. 2007, RG n°07/02200 — TGI Paris, 3e ch., 2e sect., ord. JME, 15 juin 2007, PIBD 2007, n°859, III, 558

Le saisi a également la possibilité d'exercer un recours devant le juge qui a ordonné la saisie, soit pendant, soit à l'issue des opérations de saisie, en vue de la protection de ses secrets de fabrique ou de ses secrets commerciaux. Les articles R. 521-5 (modèles), R. 615-4 (brevets) R. 623-53-1 (obtentions végétales) et R. 716-5 (marques) du Code de la propriété intellectuelle disposent que, après une saisie-contrefaçon : « *Le président du tribunal de grande instance peut (...) prendre toute mesure pour préserver la confidentialité de certains éléments* ». Le saisi doit alors présenter rapidement sa demande, devant le juge ayant autorisé la saisie car en pratique l'huissier transmet rapidement son procès-verbal de saisie-contrefaçon et ses annexes au requérant.
Lorsque des informations confidentielles ont été ainsi protégées sous scellés fermés, les tribunaux ont pour habitude de désigner un expert avec mission de sélectionner les documents qui devront être tenus secrets envers le requérant et ceux qui pourront lui être communiqués[9]. Lorsqu'une telle expertise est ordonnée, le régime de l'accès aux pièces saisies diffère selon que l'on se place pendant les opérations d'expertise ou à l'issue de celles-ci :

- pendant les opérations d'expertise, la confidentialité des documents est maintenue, de sorte que seuls les conseils (avocats et conseils en propriété industrielle) du requérant ont accès aux documents ;
- à l'issue des opérations d'expertise, le principe est celui de la remise au plaignant de tout document utile pour la preuve de la contrefaçon, confidentiel ou non ; une décision a toutefois limité l'accès aux documents confidentiels aux seuls conseils du requérant[10]. Une mesure de confidentialité plus large, relative au procès peut éventuellement être organisée.

6.1.1.3 Demande de production forcée de pièces

Le secret commercial ou, plus généralement, le secret des affaires peut constituer un motif légitime de s'opposer à la production forcée d'une pièce, en application de l'article 11, alinéa 2 du Code de Procédure Civile.

Mais, s'il estime que le motif invoqué n'est pas légitime, en application de l'alinéa 1 de l'article 11 du Code de Procédure Civile, le juge peut tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

En particulier, la résistance d'une partie à produire une pièce pourra être analysée par le juge comme une présomption que ce qui est allégué par le plaignant est vrai, ce qui peut conduire à la condamnation du défendeur.

9 TGI Lyon, ord. réf., 24 nov. 1988, Dossiers Brevets 1988, V, 6 — TGI Paris, ord. réf., 22 déc. 1989, PIBD 1990, n° 473, III, 134 — TGI Bourgoin-Jallieu, 19 avr. 1994, ord. réf., inédit — TGI Paris, juge de la mise en état, 26 mai 1995, Dossiers Brevets 1995, IV, 6 — TGI Nanterre, 11 déc. 1996, inédit — TGI Bobigny, 13 déc. 1996 — TGI Lyon, ord. réf., 11 mai 1998, PIBD 1998, n° 662, III, 477 — TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 12 mai 2006, RG n°05/12994 — TGI Lyon, ord. réf., 15 sept. 2008, RG n°2008/01631.
10 TGI Paris, ordonnance de référé, 24 novembre 1997, RD propr. intell., n° 83, janvier 1998, note Pierre Véron « Documents confidentiels appréhendés lors d'une saisie-contrefaçon », pages 11 à 28

6.1.1.4 Retenue en douane

Dans le cadre d'une retenue en douanes, les services douaniers sont relevés de leur obligation de secret professionnel (article 59 bis du Code des douanes), pour pouvoir transmettre certaines informations au requérant (le plus souvent le titulaire des droits de propriété intellectuelle)[11].

Ces informations relatives au propriétaire et destinataire des marchandises ou à leur nombre, ne semblent pas pouvoir contenir d'informations confidentielles. En revanche, le requérant peut demander que des échantillons soient prélevés et lui soient remis pour analyse.
Aucune mesure ne semble pouvoir être prise par le propriétaire des marchandises pour s'opposer à la divulgation de ces informations ou à la remise d'échantillons.

6.1.2 Maintien des secrets d'une ou de plusieurs parties, dans le cadre de procédures judiciaires

Lors d'un procès, les parties peuvent être amenées à communiquer des documents contenant des informations qu'elles estiment confidentielles, pouvant constituer un secret d'affaires. Il en va par exemple ainsi lors de procès pour violation de secret de fabrique, dans le cadre desquels le possesseur du secret doit démontrer la nature du secret qu'il possède et qui aurait été violé. Il est légitime de pouvoir protéger les secrets dans le cadre de telles procédures.
Il convient de distinguer les dispositions relatives à :

- l'accès aux pièces et aux actes de procédure ;
- la publicité des audiences ;
- la publicité des jugements.

Il apparaîtra que les règles de procédure civile françaises sont peut-être insuffisantes pour assurer le maintien des secrets d'une ou plusieurs parties à un procès civil.

6.1.2.1 L'accès aux pièces et aux actes de procédure

L'accès aux documents d'un procès civil en France est limité aux parties[12].

---

11 L'article L. 716-8 alinéa 6 prévoit que « aux fins de l'engagement des actions en justice visées au quatrième alinéa, le demandeur peut obtenir de l'administration des douanes communication des nom et adresse de l'expéditeur, de l'importateur, du destinataire des marchandises retenues ou de leur détenteur, ainsi que de leur quantité, leur origine et leur provenance par dérogation à l'article 59 bis du code des douanes, relatif au secret professionnel auquel sont tenus les agents de l'administration des douanes ». En matière de droit d'auteur ou droit voisins et de dessins et modèles, des dispositions similaires sont prévues (respectivement articles L. 335-10 et L. 521-14 du Code de la propriété intellectuelle). L'article 9.3 du règlement (CE) No 1383/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle, renvoie aux dispositions nationales pour régler la question du secret : « pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit de propriété intellectuelle au regard du droit interne de l'État membre, et conformément aux dispositions nationales relatives à la protection des données à caractère personnel, du secret commercial et industriel ainsi que du secret professionnel et administratif, le bureau de douane ou le service qui a traité la demande communique au titulaire du droit, à sa demande et si elles sont connues, les coordonnées du destinataire, de l'expéditeur, du déclarant ou du détenteur des marchandises, l'origine et la provenance des marchandises soupçonnées de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle ».

12 En matière gracieuse, un tiers ayant un intérêt légitime peut demander au juge une autorisation de consulter le dossier d'une affaire et d'en obtenir copie. Toutefois, les procès relatifs aux droits de propriété industrielle ne relèvent pas de la matière gracieuse. On peut donc considérer que, en pratique, l'accès aux documents d'un procès civil en France en matière de propriété industrielle, est limité aux parties.

Mais il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire interdisant à une partie ou un tiers de divulguer les dossiers de l'affaire ou les informations contenues dans les dossiers (couverts ou non par un secret commercial) qui ont été obtenues légitimement, ou sanctionnant cette divulgation. Notamment, aucune disposition ne soumet les parties au procès à une quelconque obligation de garder confidentiels les actes ou pièces échangés dans le cadre d'une procédure judiciaire, même si ces actes et pièces contiennent des informations confidentielles. La seule exception semble concerner les mesures d'instruction réalisées par un technicien, pour lesquelles il est prévu que « *l'avis du technicien, dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime, ne peut être utilisé en dehors de l'instance, si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée.* » (Article 247 du Code de procédure civile).

À cette exception près, les parties peuvent donc théoriquement utiliser les actes ou pièces déposés ou communiqués par la partie adverse, voire les divulguer à des tiers, sauf à ce que cette utilisation ou divulgation constituent une faute en application des articles 1382 et suivants du Code civil ou au regard d'obligations pouvant lier les parties.

Il arrive cependant que les parties souhaitent limiter l'utilisation et l'accès aux actes de procédure et pièces échangés, lorsque ces documents contiennent des informations confidentielles[13].

En pratique, les parties se mettent généralement d'accord pour réglementer l'utilisation et l'accès aux documents échangés[14].

Mais il arrive aussi, en l'absence d'accord entre les parties, que les tribunaux acceptent de restreindre l'accès aux documents échangés, pour éviter qu'ils ne soient divulgués à des tiers[15]. De telles décisions restent cependant exceptionnelles en pratique. La divulgation de documents en violation de cette obligation peut alors être sanctionnée.

6.1.2.2 La publicité des audiences

L'article 433 du Code de procédure civile pose le principe que « les débats sont publics sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil ».

En matière de propriété industrielle, certaines dispositions font usage de cette faculté en prévoyant que les débats auront lieu en chambre du conseil, principalement lorsqu'il est évident que des informations confidentielles seront discutées[16].

---

13 Expertise, principe du contradictoire et secret des affaires, Revue Expert, décembre 2009 ; Secrets et droits de la propriété intellectuelle, un tour d'horizon, Lamy, Droit de l'immatériel, octobre 2009 ; Droit et pratique des voies de l'exécution, Serge Guinchard et Tony Moussa, septembre 2009, La saisie-contrefaçon en matière de propriété industrielle, section 7, chapitre 121 ; Saisie-contrefaçon, Dalloz Référence, Pierre Véron, 2005, § 13.200 et s. ; Note AAPI, résolution relative à la conciliation du caractère contradictoire de procédures judiciaires en matière de propriété industrielle et de concurrence déloyale avec le secret des affaires du 26 mai 1984 ; Centre Paul Roubier, La propriété industrielle et le secret, 4 avril 1995 ; « De la conduite des opérations de l'expertise judiciaire médicale en matière civile », Gazette du Palais, 29 et 30 mars 1995 ; Le secret de fabrique est relatif, subtil et fugace de Me Jacques Armengaud ; Secrecy in french legal proceedings concerning industrial property matters de Me Pierre Véron, Patent World, septembre 1997 ; Résolution relative au principe du contradictoire et le secret des affaires, Ordre des avocats à la Cour de Paris.

14 Ces accords ne donnant lieu à aucune décision, ils demeurent le plus souvent secrets, toutefois certaines décisions en font état (TGI Paris, 3e ch, 3e s, ord JME du 23 novembre 2004, Kimberly Clark / Procter).

15 CJCE du 24 juin 1986, Akzo / Commision des Communuatés européennes Dijon, 11 mars 1994, Fiat / Rebeuf ; TGI Paris, 3e ch, 1e s, CJCE du 19 mai 1984, Samenwerkende / Commission des Communautés européenes ; ord JME du 1er décembre 2003, Waters / Hewlett-Packard ; TGI Paris, 3e ch, 1e s, ord JME du 6 juillet 2004, Irdeto / France Telecom ; Cass. Com., 19 avril 2005, Minco / MC France ; TGI Paris, 3e ch, 1e s, ord JME du 31 janvier 2007, Waters / Hewlett-Packard ; TGI Paris, 3e ch, 3e s, ord JME du 9 mai 2007, Polymer Group Inc / Scamark ; CJCE du 14 février 2008, Varec / État belge ; TGI Paris, ord du 29 avril 2009, Evac / Jets Vacuum AS.

16 Textes prévoyant que les débats auront lieu en chambre du conseil :
- l'article L. 612-10 du Code de la propriété intellectuelle en matière d'indemnisation du titulaire d'une demande de brevet d'invention faisant l'objet d'une prorogation de l'interdiction de divulgation et de prescription ;
- les articles L. 613-9, L. 613-20, R. 613-37 et R. 613-42 du Code de la propriété intellectuelle en matière, respectivement, de licence d'office et d'expropriation pour les besoins de la défense nationale ;
- l'article L. 615-21 et R. 615-22 du Code de la propriété intellectuelle concernant les actions relatives aux inventions de salariés.

En outre, l'article 435 du Code de procédure civile[17] prévoit la faculté pour le juge de décider que les débats auront lieu en chambre du conseil si toutes les parties le demandent. Mais en l'absence de demande de toutes les parties, le juge n'a pas la possibilité de décider que les débats auront lieu en chambre du conseil, même s'il constate que des secrets d'affaires d'une partie sont susceptibles d'être divulgués.

6.1.2.3 La publicité des jugements

Même si l'audience n'est pas publique, le jugement rendu sera accessible au public : si le juge pense utile de mentionner dans son jugement une information confidentielle, cette information deviendra publique.

Il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire permettant au tribunal de restreindre l'accès à son jugement, ni de rédiger deux versions de sa décision, une complète pour les parties et une expurgée accessible aux tiers.

6.2 Protection des secrets d'affaires avant et pendant un procès pénal

Nous reprendrons les deux aspects de la question, en examinant successivement :
- la protection des secrets lors de la procédure d'instruction pénale ;
- le maintien des secrets d'une ou de plusieurs parties, dans le cadre de procédures pénales.

Il apparaitra que les règles de procédure pénales françaises sont peut-être elles aussi insuffisantes pour assurer le maintien des secrets d'une ou de plusieurs parties à un procès pénal.

6.2.1 La protection des secrets lors de l'instruction pénale

De façon générale, aucun secret ne peut être invoqué pour refuser de communiquer des informations requises par le juge d'instruction (si ce n'est le secret professionnel ou le secret médical). L'existence d'un secret d'affaire, sauf s'il est couvert par le secret-défense, ne saurait donc faire obstacle à l'instruction pénale.

Le dossier d'instruction, et les informations qu'il contient, sont couverts par le secret de l'instruction. Il n'est accessible ni aux parties ni aux tiers, de sorte que les informations secrètes sont protégées de toute divulgation.
Cependant, l'avocat d'une partie peut demander au juge d'instruction l'autorisation d'obtenir copie de certaines pièces et de les remettre à son client, lequel doit alors s'engager à les tenir confidentielles et en faire un usage limité au dossier. Il faut toutefois noter que les sanctions encourues en cas de violation de cette obligation sont faibles (3 750 euros d'amende). Dans les dossiers sensibles, la personne souhaitant protéger des secrets d'affaires obtenus lors de l'instruction peuvent écrire au juge d'instruction pour lui demander de refuser toute remise de pièces aux parties.
Le secret de l'instruction cesse cependant à l'issue de l'instruction, en particulier en cas de renvoi devant le tribunal. Le dossier d'instruction devient alors accessible.

17 Article 435 du Code de procédure civil : « Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. »

6.2.2 Maintien des secrets d'une ou de plusieurs parties, dans le cadre de procédures pénales

A l'instar de ce qui a été dit pour les procédures civiles, il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire interdisant à une partie de divulguer à un tiers, les pièces qui lui ont été communiquées par l'adversaire dans le cadre de la procédure pénale. Rien ne semble s'opposer, en théorie, à ce que les parties s'accordent pour limiter la divulgation, à des tiers, des pièces échangées, ni même à ce qu'une des parties demande au tribunal d'ordonner une telle mesure. Mais une telle pratique semble extrêmement rare, en pratique, voire même inédite.
La publicité des débats est un principe essentiel de la procédure pénale. L'article 400 du Code de procédure pénale autorise certes le tribunal à ordonner le huis clos lorsque la publicité des débats est dangereuse pour, notamment, « *les intérêts d'un tiers* ». Mais nous ignorons si cette disposition a été appliquée pour protéger des secrets d'affaires.
Le jugement est lui aussi public : il est prononcé en audience publique et toute personne peut en obtenir copie. Comme en matière civile, il n'existe aucune disposition permettant au tribunal de restreindre l'accès à son jugement, ni de rédiger deux versions de sa décision, une complète pour les parties et une expurgée accessible aux tiers.

6.3 Protection des secrets d'affaires avant et pendant un procès administratif

La conciliation du principe du contradictoire avec la protection des secrets d'affaires est une problématique que l'on retrouve dans le cadre de procédures administratives, notamment lors de la passation de marchés publics, où il s'agit de concilier impératif de transparence et protection des secrets d'affaires.
Cette question semble cependant dépasser le cadre de la question posée, de sorte qu'il sera simplement renvoyé à un article de David Capitant[18] qui rappelle que :

- le code français de justice administrative range le principe du contradictoire parmi les principes fondamentaux du contentieux administratif ;
- le juge administratif français, confronté à la nécessité de protéger le secret attaché à certains documents confidentiels, n'a pas cru devoir pour autant limiter le principe du contradictoire en jugeant que le juge administratif est tenu de ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier qui ont été communiquées aux parties ; en d'autres termes, un document ne semble pas pouvoir être invoqué par une partie sans être divulgué aux autres parties ;
- la jurisprudence de la CJCE semble accepter une plus grande protection des secrets.

7 Licensing trade secrets
Licence de secret d'affaires

A titre liminaire, il pourra être remarqué que la terminologie généralement employée pour désigner l'objet de ce type de contrat est « savoir-faire », de sorte que par la suite il sera utilisé la terminologie « licence de savoir-faire » en lieu et place de « licence de secret d'affaires ».

Les contributions à titre principal ou spécifique de la jurisprudence française, y compris de la Cour de Cassation, sur le sujet des licences de savoir-faire ou autres valeurs incorporelles équivalentes sont quasiment inexistantes.

[18] David Capitant, Secret des affaires et marchés publics devant le juge communautaire, Revue Lamy des collectivités territoriales, mai 2008, n° 35, p. 24

La doctrine et les autorités, tant nationales que communautaires, en charge de la régulation de la concurrence sur leurs territoires respectifs, ont jusqu'à ce jour contribué à construire et clarifier le sujet. Mais il faut souligner qu'en la matière, ce sont les usages, résultant des pratiques contractuelles dans les différents secteurs d'activité, qui jouent un rôle prépondérant.

Les points suivants, pertinents ou importants peuvent être retenus en la matière :

- il n'existe pas en droit interne (cf. par exemple Code de la Propriété Intellectuelle) de définition de la licence de savoir-faire
- en matière de licences de savoir-faire, il convient de distinguer deux catégories très différentes. Une première catégorie concerne le cas où le savoir-faire correspond à une technologie suffisamment développée pour permettre l'exploitation commerciale. Dans ce cas, l'objet essentiel de ce qui est transféré est le savoir-faire, matérialisé par des dossiers techniques détaillés, bases de données, logiciels. Ce transfert s'accompagne généralement de prestations d'assistance technique et de formation, d'accès à des fournisseurs ou des réseaux d'expertise. La seconde catégorie correspond à la situation dans laquelle le savoir-faire d'exploitation n'a pas encore été développé et la composante essentielle est une licence de brevet et le savoir-faire concédé est peu développé. Il joue cependant un rôle très important dans la négociation de la licence, en particulier en ce qui concerne son champ d'application territorial, et sa pérennité en cas d'annulation des brevets.
- le contrat de licence de savoir-faire est par nature un contrat de louage d'ouvrage et apprécié comme tel par les tribunaux français

7.1 Il n'existe pas en droit interne, de définition, ni même de références à la licence de savoir faire

Aujourd'hui, la seule définition disponible du savoir-faire et conséquemment de la licence de savoir-faire se trouve dans les Règlements (CE) n° 772/2004 et (CE) 2970/1999 précédemment cités de la Commission Européenne concernant l'application de l'article 101 , paragraphe 3 du traité CE à certaines catégories d'accords entre entreprises et, dans une certaine mesure, dans le règlement (CE) n°2659/2000 également d'exemption relatif à des catégories d'accords de recherche et développement.

Cependant, la Cour de Cassation a consacré, sans les nommer, ces notions de savoir-faire et de licence de savoir-faire (cf. Cassation Chambre Commerciale 13 juillet 1966, société Almes c/ Société Dita Bottonificio & Fossanèse)

Mais, dans ces différentes occurrences, il s'agit de savoir-faire de nature technique ou industrielle à l'exclusion d'autres informations non techniques susceptibles d'être qualifiées de secret d'affaires.

7.2 La pratique, explicite ou implicite, des licences de savoir-faire par les opérateurs économiques nationaux, notamment industriels et commerçants, est très répandue.

Les accords de licence de savoir-faire, à titre principal, accessoire ou mixte sont largement pratiqués pour transférer la technologie dans le cadre de coopérations ou d'opérations industrielles, tant verticales qu'horizontales.

Beaucoup d'autres accords techniques ou industriels intègrent, sans l'exprimer, des licences de savoir-faire, par exemple accord de sous-traitance, de recherche et développement, d'ingénierie, etc.

Mais il ne faudrait pas réserver les notions attachées à la licence de savoir-faire aux seuls accords ayant pour objet ou cause des échanges de technologie. En pratique, certains concepts inhérents à la licence de savoir-faire se retrouvent par exemple :

- dans certains contrats de franchise, qui comportent la communication d'un savoir-faire gestionnaire, de service ou commercial,
- dans quelques contrats de licence de logiciel applicatif, l'assistance technique apportée au licencié permettant de transférer un savoir-faire codifié par ailleurs sur un support digital.

7.3 Au sens du droit français, nommé ou innommé, le contrat de licence de savoir-faire est un contrat d'entreprise, ou de louage d'ouvrage apprécié comme tel par les autorités judiciaires ayant à en connaître.

Classiquement un tel contrat s'analyse et se résout par un certain nombre d'obligations positives et négatives, respectivement du « concédant » (c'est-à-dire du maître, propriétaire ou possesseur du savoir-faire) et du « licencié » (c'est-à-dire celui auquel le savoir-faire est communiqué et qui va l'utiliser/exploiter); l'identification et le listage de ces obligations étant l'objet même du contrat de licence de savoir-faire qui doit être à cet égard le plus complet possible. Il est à souligner que le principe de liberté contractuelle s'applique très largement à ce type de contrats.

On retiendra les points suivants, sans entrer dans le détail des diverses obligations précitées :

- la licence de savoir-faire doit avant tout définir l'étendue des droits d'utilisation du savoir-faire par le licencié, et prévoir une communication du savoir-faire sous licence ;
- des dispositions préservant la confidentialité et interdisant tout usage après le terme de la licence (« post-term ban ») sont une pratique courante, jugée compatible avec le droit communautaire de la concurrence ;
- la pratique peut distinguer la « cession » de savoir-faire par différence avec la « licence » de savoir-faire selon que le propriétaire du savoir-faire communique à un tiers, en une seule fois et définitivement, son savoir-faire ou non, et/ou que le tiers, auquel est communiqué le savoir-faire, a le droit, ou non, de poursuivre l'exploitation du savoir-faire au terme du contrat ; par ailleurs, la licence de savoir-faire peut être exclusive ou non ;
- les juges attachent majoritairement un caractère personnel à la licence de savoir-faire en raison de l'assistance technique apportée au licencié, ce qui veut dire que la circulation de la licence n'est pas libre (cf. par exemple Cour d'Appel de Grenoble 13 janvier 1999).

Les règles antitrust sont comprises ci-après comme étant celles, tant nationales qu'internationales, en particulier, s'agissant de la France, celles fixées par le traité UE, ayant pour objet de réguler la libre circulation des biens et services dans le marché domestique, et en dehors de la France, en particulier sur le marché unique établi par le traité UE.

Au plan national, la régulation du marché domestique est placée sous le contrôle aussi bien des autorités judiciaires ayant à en connaître que de l'Autorité de la Concurrence (anciennement Conseil de la Concurrence) qui est une instance administrative indépendante tirant sa compétence notamment du livre IV du Code du Commerce et dont les décisions sont soumises, dans le domaine de la question posée, au contrôle de la Cour d'Appel de Paris. Cette instance peut être saisie par un plaignant ou s'auto-saisir.

De fait, l'Autorité de la Concurrence a été et est amenée régulièrement à rendre des avis et décisions ayant pour objet les licences de savoir-faire ou des accords comprenant des licences de savoir-faire, explicitement ou implicitement ; cf. par exemple Décision numéro 93D - 05 du 27 avril 1993 relative à une saisine de la Société Frappaz.

Au plan communautaire (UE), la Commission Européenne a, depuis l'origine, considéré et placé sous son contrôle les licences de savoir-faire en ce qu'elles sont susceptibles d'affecter la circulation des biens et services au sein de la CE, maintenant l'UE . Pour ce faire, suite à une évolution historique qu'il serait trop long de décrire, la Commission a édicté des règlements dits d'exemption par catégories dont le règlement (CE) numéro 772/2004, précédemment nommé, qui couvre nommément les licences de savoir-faire.

Sans entrer dans les détails, s'agissant d'une licence de savoir-faire à laquelle sont parties un opérateur français et/ou des opérateurs ayant une certaine part de marché sur le marché unique, le Règlement impose auxdites parties de procéder à un bilan économique de la licence de savoir-faire, en particulier au vu des restrictions de concurrence qu'elle est susceptible de contenir. Pour être exempté, c'est-à-dire ne pas contrevenir à l'article 101.1 du traité UE, le fonctionnement de la licence de savoir-faire devra conduire à un bilan économique positif, sans restrictions de concurrence caractérisée. A défaut, la licence de savoir-faire est sanctionnable par la Commission sous le contrôle judiciaire de la CJCE.

Comme indiqué au paragraphe 4, les clauses d'interdiction de communication du savoir-faire et de cantonnement de son exploitation, à la charge du licencié, sont licites au sens du Règlement. Comme indiqué plus haut, des dispositions prévoyant la prolongation de l'interdiction de communication et l'interdiction de tout usage au-delà du terme sont également licites.

Par ailleurs en dehors d'un Règlement d'exemption applicable, la licéité de la licence de savoir-faire au regard de l'article 30 (libre circulation des marchandises et de l'article 102 (abus de position dominante du traité CE) demeure sous le contrôle de la Commission dans les mêmes conditions que précédemment en cas de non-exemption.

Au plan international, pour être complet, il n'apparaît pas exclu que la portée et/ou l'exécution d'une licence de savoir-faire ayant une partie française et impactant une règle ADPIC codifiée par l'Accord de Marrakech (instituant l'OMC), puissent être soumises par le ou les Etats concernés une partie au contrôle de l'OMC et de ses instances de règlement des différends entre membres de l'OMC.

8 Effectiveness of non-disclosure and non-use agreements
Efficacité des accords de non-divulgation et de non-utilisation

8.1 Efficacité pratique

Le terme « accord de non-divulgation » utilisé dans la question a été interprété de manière large et englobe les notions d'accord ou clause de confidentialité. Deux types d'accords ont été distingués, ceux conclus dans le cadre de relation d'affaires entre une partie et un tiers indépendant et ceux conclus entre une société et son salarié. Ces accords peuvent faire l'objet d'un contrat indépendant ou être inclus sous la forme de clauses dans des contrats d'affaires (collaboration, commande, licence ...) ou dans le contrat de travail d'un salarié. Dans tous les cas, lorsque de tels accords sont invoqués devant les juridictions, la question principale est de définir le contour des informations confidentielles effectivement soumises à l'obligation,

Dans le cadre de relations d'affaires, ces contrats sont très courants et on peut les considérer comme efficaces grâce à leur effet dissuasif. Le principe de liberté contractuelle s'applique pleinement à ce type d'accord. Ainsi, la durée de l'obligation de confidentialité n'a aucune limite légale et est librement négociée par les parties. Il est important en pratique que les informations confidentielles soient clairement identifiées, par exemple au moyen des documents remis au cocontractant qui seront annexés à l'accord ou d'un compte rendu de réunion lorsque les informations confidentielles sont communiquées oralement. Une question qui se pose fréquemment dans l'application de ce genre d'accord concerne la liberté pour un cocontractant de développer des informations proches de celles qu'il a reçues dans le cadre de l'accord.

8.2 Jurisprudences marquantes

Pour les accords conclus dans le cadre de relations d'affaires entre une partie et un tiers indépendant, il y a peu de jurisprudences marquantes. De tels accords sont souvent invoqués pour nier une divulgation lorsque la validité d'un brevet est discutée ou lors d'une action en revendication. Il y a très peu de jurisprudences ayant pour seul objet le non-respect d'une obligation de non divulgation ou de non utilisation et réglant la question de l'évaluation du dommage. On peut néanmoins citer l'Affaire Technip c. ITP, Arrêt du 18 Mars 2009 de la Cour d'Appel de Paris, 4ème ch. où l'importance de la définition et du contour des informations confidentielles objet de l'obligation de confidentialité a été de nouveau soulignée.

Pour les accords conclus entre une société et son salarié, d'après l'arrêt de la Cour de Cassation du 8 déc. 2009, il semble qu'une clause de confidentialité doit être très précise, justifiée et proportionnée selon les principes posés à l'article L. 1121-1 du Code du Travail.

8.3 Droit contractuel ou droit de la concurrence déloyale ?

Dans le cadre des deux types d'accords visés au paragraphe 1, c'est le droit contractuel qui s'applique. D'ailleurs, la Cour d'Appel de Paris a récemment réaffirmé le non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (Affaire Technip c. ITP, Arrêt du 18 Mars 2009 de la Cour d'Appel de Paris, 4ème ch.).

8.4 Obligation de non-divulgation après avoir quitté une société

L'obligation prévue à l'article L.1227-1 du Code du travail repris par l'article L.621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle qui interdit à un directeur ou salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est appliquée à un ancien salarié par les Juridictions. Néanmoins, la Jurisprudence (Paris 23 mars 1982 notamment) admet qu'un ancien salarié est libre d'utiliser dans ses nouvelles fonctions le savoir et l'expérience acquis lors de son précédent emploi. Aussi, à titre complémentaire, le contrat de travail peut prévoir une obligation de confidentialité une fois que le salarié a quitté la société, qui ne peut, néanmoins, s'étendre à tout ce qui relève de l'habileté et de l'expérience du salarié. A toutes fins utiles, on rappellera que l'article L. 1222-1 du Code du travail prévoit que tout contrat de travail doit être exécuté de bonne foi. De cette obligation légale de bonne foi, sont issues les obligations de loyauté et de discrétion.

8.5 Existence de la doctrine US sur la divulgation inévitable ?

Non, une telle doctrine n'existe pas. En effet, la doctrine de l'Inevitable Disclosure permet à un employeur de faire ordonner par un juge l'interdiction à un ancien salarié de travailler pour le compte d'un nouvel employeur, au motif que l'exercice de ce nouvel emploi conduirait inévitablement à la divulgation et même l'utilisation de secrets lui appartenant. Cette doctrine reconnait à l'employeur le droit d'agir de façon préventive, à l'encontre d'un risque de divulgation, avant même que celle-ci n'ait lieu. Cette conception semble difficilement acceptable en droit français, où la responsabilité ne peut être recherchée que lorsqu'un préjudice a été causé, ce qui n'est bien entendu pas le cas lorsque la divulgation n'est que potentielle. Dans le cas où la divulgation est bel et bien avérée, c'est la violation de l'obligation de non-divulgation décrite au paragraphe précédent qui peut être sanctionnée. A titre préventif, on peut néanmoins souligner que l'employeur a la possibilité d'introduire dans le contrat de travail une clause de non concurrence, dont le régime est très strict, cette clause devant être stipulée au contrat, limitée dans le temps et l'espace, faire l'objet d'une contrepartie financière et tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié.

9 Common and practical definition of trade secrets
Définition commune et pratique du secret d'affaires

Comme on l'a exposé au point 2, il existe différentes définitions du secret d'affaires dans la Jurisprudence, certaines très restrictives, d'autres beaucoup plus larges. Le traité ADPIC propose une définition que nous jugeons adéquate dans le cadre de l'action en concurrence déloyale. Notre conclusion est par conséquent que la définition du traité ADPIC, en l'état, doit être choisie comme référence en droit interne, et qu'il n'y a pas lieu de la modifier dans un sens ou un autre.

10 What is desired in your jurisdiction?
Quels sont les souhaits dans votre pays ?

10.1 A la lumière du traitement des questions précédentes, les insuffisances ou problèmes identifiés sont les suivants :

- La définition restrictive des secrets d'affaires, devenus « secrets de fabrication » dans l'article L 621-1 du CPI.

- Le caractère restrictif du droit interne par rapport aux dispositions du traité ADPIC, en particulier en ce qui concerne la définition du secret d'affaires et l'absence de mesures d'interdiction d'usage
- L'absence dans la jurisprudence d'invocation ou d'application de l'article 39.2 du traité ADPIC.
- Les difficultés pour assurer le maintien des secrets d'une ou de plusieurs parties à un procès et en particulier la difficulté d'obtenir du juge qu'il ordonne une mesure de confidentialité interdisant aux parties de divulguer à des tiers les pièces communiquées, l'obligation pour obtenir le huis clos que celui-ci soit demandé par toutes les parties et l'impossibilité au juge de limiter l'accès aux jugements ou de rédiger plusieurs versions de son jugement (une version confidentielle pour les parties et une version expurgée qui serait seule accessible aux tiers).

10.2 Une invocation directe ou une application des dispositions du traité ADPIC pourrait être envisagée, en s'appuyant sur le principe de l'article 55 de la Constitution selon lequel un traité ratifié prévaut sur le droit interne.

10.3 Une révision des règles de procédure civiles (et pénales) pourrait être envisagée, pour mieux protéger les secrets des parties. D'autres suggestions pourraient résulter de la comparaison entre les législations sur le secret d'affaires instituées dans les autres pays à la suite de la ratification du traité ADPIC.

11 What is required for an improved global standard for trade secret protection?
Qu'est-ce qui est requis pour une norme globale améliorée de la protection du secret d'affaires ?

11.1 La voie la plus simple et la plus efficace d'amélioration consiste à notre avis à prendre comme référence les dispositions du traité ADPIC, puisque celui-ci a été ratifié par les Etats de l'OMC.

11.2 En ce qui concerne les possibilités d'harmonisation de la protection pendant un litige, nous souhaitons souligner que cette question, très complexe comme on l'a vu au point 6, est totalement tributaire des règles de procédure civile dans chaque pays et des pratiques associées, liées notamment à l'organisation des professions judiciaires. Les différences à cet égard entre pays sont considérables et il ne nous semble pas réaliste de proposer des mesures d'harmonisation.

12 What would be a desirable and realistic way to proceed?
Quelle serait la façon désirable et réaliste de procéder ?

La façon réaliste consiste à notre avis à utiliser au maximum le traité ADPIC en tant que référence, en l'invoquant dans les litiges. Cela devrait permettre à la jurisprudence d'évoluer sans heurts majeurs, en fonction des cas d'espèce.