F

OMPI
ORGANISATION MONDIALE
DE LA PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE

WIPO/INN/GE/19/INF/3
ORIGINAL : ANGLAIS
DATE : 9 MARS 2020

COLLOQUE DE L'OMPI SUR LES SECRETS D'AFFAIRES ET L'INNOVATION

organisé par
l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

Genève, 25 et 26 novembre 2019

RESUME DES DEBATS

établi par le Bureau international de l'OMPI

Introduction

1. On trouvera dans le présent document établi par le Bureau international un résumé des débats qui ont eu lieu dans le cadre du Colloque sur les secrets d'affaires et l'innovation tenu au siège de l'OMPI les 25 et 26 novembre 2019. Des représentants de divers horizons et de différents pays ont pris part au colloque. Celui-ci a été l'occasion pour des juges, des représentants des milieux universitaires, des spécialistes de la propriété intellectuelle, des économistes, des membres de gouvernements et des représentants d'organisations intergouvernementales et d'organisations non gouvernementales, de même que des représentants du secteur privé de mettre en commun les enseignements qu'ils avaient pu tirer de leurs expériences respectives et de confronter leurs idées sur les meilleurs moyens de protéger les secrets d'affaires à l'heure de la transition numérique, où il devenait de plus en plus difficile de préserver la confidentialité des informations. Environ 200 personnes étaient présentes.

2. La vidéo du colloque peut être visionnée sur le site de diffusion sur le Web et de vidéo à la demande de l'OMPI, à l'adresse suivante : https://www.wipo.int/webcasting/en/. Le programme et les présentations sont quant à eux disponibles à l'adresse suivante : https://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=53212.

Discours liminaire du Directeur général Francis Gurry

3. Les secrets d'affaires constituaient un domaine de plus en plus important de la propriété intellectuelle, mais jusqu'à présent ils avaient fait l'objet de relativement peu d'attention sur la scène internationale. Avec l'Acte de Washington (1911), des dispositions destinées à garantir une protection contre la concurrence déloyale avaient été ajoutées à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, mais elles portaient exclusivement sur des questions d'ordre commercial, les procédures concernant les marques et l'indication de la provenance. Enfin, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (Accord sur les ADPIC) renfermait en son article 39 des dispositions concernant la protection des renseignements non divulgués. Hormis ces quelques dispositions, le Directeur général a expliqué qu'on ne s'était que très peu intéressé à la protection des secrets d'affaires dans le cadre international.

4. D'après le Directeur général il se pouvait que la diversité des approches législatives nationales concernant la protection des secrets d'affaires et des renseignements confidentiels soit à l'origine du peu d'intérêt qui semblait être porté à la question. Les pays de *common law* et les pays de droit romano-germanique n'abordaient en effet pas la protection des secrets d'affaires de la même manière : alors que les pays de *common law* adoptaient généralement une vision d'ensemble, les pays de droit romano-germanique avaient tendance à s'appuyer sur des dispositions particulières inscrites dans le Code civil et dans le Code pénal.

5. Au cours des dernières années, ces deux grandes approches avaient néanmoins évolué et connu une relative convergence. Le Directeur général a notamment fait observer que les entreprises et les autorités nationales se souciaient désormais davantage de la protection des secrets d'affaires dans l'élaboration des politiques et que, ces dernières années, nombre de pays, à savoir les États membres de l'Union européenne, le Japon, la Chine et les États-Unis d'Amérique s'étaient dotés de nouveaux instruments, ou avaient modifié les instruments existants dans ce domaine, ce qui avait eu pour effet de contribuer à un rapprochement des cadres réglementaires.

6. Le Directeur général a évoqué les quatre raisons principales qui étaient selon lui responsables de l'attention accrue portée aux secrets d'affaires. Premièrement, avec la numérisation tout était désormais transformé en données. Une fois diffusées ou

communiquées, ces données ses muaient en informations, or les secrets d'affaires protégeaient les informations confidentielles contre les utilisations abusives et les appropriations illicites. L'accroissement de la valeur des données, qui constituait un actif essentiel pour les entreprises et pour la science, s'était par conséquent accompagné d'un accroissement de la demande de voies de recours en cas d'utilisation abusive ou d'appropriation illicite de données dans l'économie numérique.

7. Deuxièmement, la protection des secrets d'affaires jouait un rôle fondamental dans toutes les relations commerciales reposant sur la collaboration, que ce soit dans le cadre de la relation employeur-employé, dans le cadre de relations avec des prestataires extérieurs ou des sous-traitants ou dans le cadre de relations entre des services de recherche universitaires et des entreprises.

8. Troisièmement, le Directeur général a évoqué la mobilité accrue du personnel qualifié, conséquence directe de la mondialisation, et l'évolution des modèles commerciaux et des chaînes de valeur mondiales. Les entreprises étaient désormais plus attentives à bien faire la distinction entre les informations protégées, d'une part, et les informations générales qu'elles pouvaient communiquer sans restriction à leurs salariés, d'autre part.

9. Enfin, le Directeur général a évoqué la vulnérabilité croissante des informations et des données qui étaient dorénavant stockées et utilisées de manière numérique grâce aux technologies de l'information et de la communication. Cette vulnérabilité était mise en évidence par différentes formes d'activités lucratives pernicieuses telles que la cyberintrusion, le piratage et l'espionnage.

10. L'une des questions centrales dans l'élaboration des politiques était la dichotomie manifeste entre la politique de transparence applicable aux inventions protégées par des droits de propriété intellectuelle, qui in fine tombaient dans le domaine public, et la protection des secrets d'affaires. Il convenait à cet égard de noter que paradoxalement la protection de certains types de secrets favorisait la divulgation des informations en cause dans de nombreuses formes de relations commerciales (relations d'emploi, fourniture de services et de main-d'œuvre et partenariats de recherche-développement).

11. La protection des secrets d'affaires contribuait en outre à la production d'informations utiles dont une bonne partie ne pouvait être protégée par le système des brevets pour différentes raisons : soit parce qu'il s'agissait d'informations généralement exclues des biens brevetables dans de nombreux pays, comme les informations commerciales et financières, soit parce que ces informations avaient été obtenues après l'achèvement de la procédure de demande de brevet, grâce à l'utilisation de l'invention visée. L'attention accrue que suscitaient les secrets d'affaires était aussi étroitement liée à la question de la concurrence loyale.

12. Le Directeur général a estimé que l'heure était peut-être venue pour la communauté internationale de s'intéresser davantage à la question, ajoutant que le Colloque avait été organisé de manière à favoriser le débat, mais que c'était aussi une occasion pour se pencher sur la possibilité d'engager des discussions plus approfondies sur le sujet à l'échelle internationale et définir d'éventuels principes communs concernant la protection des secrets d'affaires.

13. D'après le Directeur général qui présentait un nouveau système d'horodatage numérique de l'OMPI qui devait être mis en service en mars 2020, nombre de litiges concernant les secrets d'affaires, sinon tous, portaient d'abord sur des questions factuelles et non juridiques, et n'avaient très souvent que peu à voir avec le droit. Selon lui, un système d'horodatage numérique était particulièrement utile pour avoir des preuves de l'existence à un instant t de données déposées par telle ou telle personne. Les juges spécialisés en propriété intellectuelle qui avaient participé en novembre à l'édition 2019 du Forum à l'intention des juges spécialisés

en propriété intellectuelle avaient fait un excellent accueil à ce nouveau service de l'OMPI qui pourrait se révéler utile dans l'établissement des preuves dont ils pourraient être saisis dans le cadre de procédures judiciaires.

Débats d'experts

14. Le Colloque s'est articulé autour de huit thèmes dont chacun était consacré à un aspect de la protection des secrets d'affaires :

- Thème 1 : La protection des secrets d'affaires dans un environnement de l'innovation en pleine mutation;
- Thème 2 : La protection des secrets d'affaires dans le cadre du développement et des politiques relatives à l'innovation et à la propriété intellectuelle;
- Thème 3 : Cadres nationaux et régionaux : faits nouveaux;
- Thème 4 : Incidence économique de la protection des secrets d'affaires sur l'innovation;
- Thème 5 : Intégration des secrets d'affaires dans les stratégies commerciales et la gestion des connaissances;
- Thème 6 : Voies de recours en cas d'appropriation illicite de secrets d'affaires;
- Thème 7 : Gestion des secrets d'affaires dans les procédures engagées devant les tribunaux;
- Thème 8 : Les secrets d'affaires à l'avenir : combler le fossé de l'innovation et saisir les occasions offertes par les nouvelles technologies.

<u>Thème 1 : La protection des secrets d'affaires dans un environnement de l'innovation en pleine mutation</u>

15. Le premier débat d'experts a permis de faire un tour d'horizon des défis du moment s'agissant de la protection des secrets d'affaires, en particulier à l'ère du numérique.

16. Ouvrant les débats autour du premier thème, l'Ambassadeur du Royaume-Uni, Son Excellence Andrew Henry Staines, a estimé qu'alors que le monde amorçait sa quatrième révolution industrielle et au vu de l'intérêt croissant que suscitait la protection des secrets d'affaires, il importait de se prononcer sur la nécessité de revoir l'approche adoptée jusque-là.

17. M. Staines a expliqué qu'à l'ère du numérique, il était en effet plus difficile que jamais de garder un secret, car des salariés pouvaient quitter les locaux d'une entreprise avec des milliers de documents stockés dans une clé USB ou un partenaire de recherche-développement pouvait par inadvertance révéler tout un ensemble de données d'un simple clic de souris.

18. M. David Kappos, associé chez Cravath, Swaine & Moore LLP, New York (États-Unis d'Amérique) a fait remarquer que de nombreuses sortes d'informations pouvaient relever des secrets d'affaires, qu'il s'agisse d'informations financières, commerciales ou scientifiques. Outre l'exemple mondialement connu du secret de fabrication du Coca-Cola qui était semble-t-il gardé dans un coffre-fort depuis plus de cent ans, on pouvait également considérer que les critères sur lesquels se fondait le *New York Times* pour décider quels livres figureraient dans sa liste de best-sellers relevaient eux aussi du secret d'affaires.

19. À l'échelle mondiale, le droit relatif aux secrets d'affaires était un ensemble hétérogène de lois diverses et variées ce qui, d'après les experts, témoignait du peu d'intérêt que l'on avait jusque-là porté à la question au niveau international. Suivant le pays concerné, les secrets d'affaires pouvaient être protégés soit par des lois proprement dites, soit par la *common law* et les infractions pouvaient être réprimées soit par le droit civil, soit par le droit pénal. Pour illustrer son propos, M. Kappos a pris l'exemple des États-Unis d'Amérique, où la protection des secrets d'affaires était aussi bien du ressort fédéral que du ressort des États et où elle pouvait donner lieu à des sanctions civiles comme à des sanctions pénales, selon les circonstances.

20. Cela étant, les secrets d'affaires s'accompagnaient désormais de grands enjeux économiques, or l'intérêt devenant plus grand, les sanctions devenaient elles aussi plus importantes comme l'avait montré la mésaventure de Facebook au moment de l'acquisition d'Oculus. Suite à une affaire d'appropriation abusive d'importants secrets d'affaires concernant les fichiers d'Oculus, Facebook avait été poursuivie en justice et condamnée à payer des dommages-intérêts d'un montant d'environ 250 millions de dollars É.-U.

Brevets et secrets d'affaires

21. Les brevets et les secrets d'affaires faisaient l'objet de cadres juridiques très différents et étaient parfois considérés comme étant aux antipodes les uns des autres. Qu'il s'agisse des droits qu'ils conféraient, de la durée de validité de ces droits, des obligations de divulgation qui y étaient associées ou de l'objet qu'ils étaient susceptibles de protéger, par exemple, tout semblait en effet les opposer. Pour autant, en regardant de plus près les dispositifs légaux applicables, on s'apercevait que s'agissant de protéger les innovations, les rôles respectifs des brevets et des secrets d'affaires pouvaient être étroitement liés et complémentaires.

22. Pour M. José Manuel Otero Lastres, professeur de droit commercial à l'Université de Alcalá de Henares, en Espagne, les secrets d'affaires ne relevaient pas de la propriété industrielle, ils constituaient une protection contre certaines pratiques, mais ne conféraient pas un droit exclusif. Si les innovateurs disposaient a priori de deux possibilités, à savoir déposer une demande de brevet ou solliciter la protection d'un secret d'affaires, ces deux solutions n'étaient en fait pas les seules qui s'offraient à eux. M. Otero Lastres a en effet évoqué une troisième possibilité à laquelle les innovateurs recouraient souvent. Dans la plupart des cas, ceux-ci décidaient de faire breveter l'aspect technique central de leurs inventions et de garder secret le savoir entourant le brevet. Dans certains cas, ce savoir-faire donnait lieu à un nouveau dépôt de brevet, qui venait s'ajouter au premier.

23. En 2017, l'Union européenne avait pris la Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (ci-après, la Directive de l'UE). M. Otero a indiqué qu'en 2019, la Directive de l'UE avait été transposée dans le droit espagnol (loi n° 1 de 2019), ajoutant que la Directive et la loi espagnole donnaient une définition concrète de ce qui était considéré comme secret (article 2) et renfermaient en outre une liste des limites de la protection (objet et champ d'application).

24. Si pour l'heure, les secrets d'affaires étaient indirectement protégés par les règles sur la concurrence déloyale, selon M. Kappos, les pays pouvaient contribuer à l'instauration d'un environnement dynamique de promotion de l'innovation en protégeant les secrets d'affaires au moyen d'un cadre juridique propre. L'intervenant a pris l'exemple de la Chine, qui avait inscrit dans le courant de l'année des dispositions spécialement destinées à protéger les secrets d'affaires dans la loi sur la concurrence déloyale.

Évolution du paysage de l'innovation

25. Mme Elisabeth Kasznar Fekete, associée principale chez Kasznar Leonardos, São Paulo (Brésil) a abordé la question des secrets d'affaires sous les angles conceptuel, contractuel et réglementaire. Elle a parlé de l'évolution de l'environnement dans le domaine de l'innovation et appelé l'attention sur plusieurs changements de taille : i) la transition numérique et l'évolution rapide de la technologie; ii) la mise en place simultanée de partenariats et de projets conjoints de recherche par des équipes multinationales; iii) le transfert des connaissances par-delà les frontières; iv) l'importance croissante des start-ups; v) le caractère de plus en plus progressif et non plus révolutionnaire de l'innovation; vi) le développement des services (qui ne sont pas brevetables) et l'augmentation des exigences des clients; vii) les chaînes d'approvisionnement mondiales, et viii) la forte rotation de la main-d'œuvre, autant d'éléments qui s'inscrivaient dans un contexte de menace constante d'intrusion.

26. La protection des secrets d'affaires a-t-elle expliqué, était la seule option dans certains cas, notamment aux stades précoces de l'innovation ou lorsque des innovations ne pouvaient faire l'objet de brevets ou bénéficier d'autres formes de protection de la propriété intellectuelle, comme les procédés biologiques, les idées abstraites, ou encore les procédures, méthodes et plans commerciaux ou d'entreprise.

27. Mme Kasznar Fekete a souligné que ces défis, de même que les questions essentielles d'harmonisation des politiques publiques relatives aux accords de licence de savoir-faire, donnaient à penser qu'il pourrait être utile de préciser certaines des notions auxquelles renvoyait l'Accord sur les ADPIC, car la violation des secrets d'affaires pouvait mettre en péril des projets et avoir des répercussions sur la création d'emplois. Il s'agissait par exemple des "précautions raisonnables" à prendre pour protéger les secrets d'affaires, des sanctions pénales à prévoir contre les auteurs d'actes d'appropriation illicite et de l'application de mesures aux frontières en cas de violation. L'intervenante appelait également de ses vœux une réglementation particulière sur les secrets d'affaires qui prévoirait des mesures de dissuasion contre le vol. Selon elle, le régime de protection des secrets d'affaires n'allait pas à l'encontre de l'accès du public à l'information. On pouvait en effet envisager des exceptions dans les cas où la transparence était dictée par l'intérêt public.

Preuve de l'existence d'un secret d'affaires

28. Les experts ont parlé de l'importance et des difficultés de prouver l'existence et l'appartenance d'un secret d'affaires.

29. Mme Kasznar a suggéré de faire une application plus large de la note de bas de page 10 se rapportant à l'article 39.2 de l'Accord sur les ADPIC dans l'application dudit article. De son point de vue, le fait d'appliquer des normes exigeantes concernant la charge de la preuve au détenteur d'un secret d'affaires n'était pas compatible avec la nature et l'essence mêmes de cet actif.

30. Pour M. Kappos, l'enregistrement des secrets d'affaires auprès d'un organisme de confiance pouvait être un moyen de remédier à la difficulté de prouver l'existence et l'appartenance des secrets d'affaires, mais il ne fallait pas que celui-ci soit assorti d'une quelconque obligation de divulgation pour démontrer l'existence et l'appartenance des secrets visés. L'intervenant suggérait de recourir à des solutions reposant sur des chaînes de blocs, ce qui permettrait de garder un relevé identifiable, inaltérable et horodaté de la création, de sa persistance et même de son contenu et garantirait parallèlement que ledit secret d'affaires ne serait pas accessible à des tiers et ne pourrait pas être piraté. Ce relevé vérifiable pourrait ensuite être consulté pour démontrer la détention par une partie d'une information réputée relever du secret d'affaires.

Mobilité du personnel

31. Il importait de trouver un équilibre entre la protection des secrets d'affaires et la mobilité du personnel. Selon M. Otero Lastres, les gens avaient des compétences et une expérience personnelles qu'ils devaient pouvoir mettre à profit dans un nouvel emploi, mais en qualité de travailleurs, ils étaient tenus de respecter des règles de bonne foi et de vigilance.

32. M. Kappos était lui aussi d'avis que la mobilité du personnel était un vaste sujet, car il s'agissait de trouver un juste équilibre entre le fait que les entreprises voulaient légitimement garder leurs secrets et la nécessité de permettre aux salariés d'aller d'un endroit à un autre. L'État de Californie, qui abritait la Silicon Valley, n'appliquait pour ainsi dire aucune restriction à la mobilité du personnel, ce qui pouvait paraître extrême, mais il n'en demeurait pas moins que l'environnement y extrêmement innovant.

Thème 2 : La protection des secrets d'affaires dans le cadre du développement et des politiques relatives à l'innovation et à la propriété intellectuelle

33. Lors du deuxième débat d'experts animé par M. Kappos, les experts ont présenté les expériences de l'Union européenne, du Japon, de l'Inde et d'Israël quant à la protection des secrets d'affaires dans leurs législations et dans divers contextes.

Union européenne : Les principes qui sous-tendent la directive de l'Union européenne sur les secrets d'affaires[1]

34. Une consultation publique réalisée avant l'adoption de la directive de l'Union européenne a révélé que les petites entreprises comme les grandes estimaient que les secrets d'affaires avaient une incidence positive sur leur compétitivité. Plus encore que les grandes entreprises, les PME ont tendance à recourir aux secrets d'affaires, notamment, mais pas seulement pour des raisons de coût, a indiqué M. Davide Follador, chargé des affaires juridiques et politiques au sein de la DG GROW (Commission européenne).

35. L'appropriation illicite de secrets d'affaires est en hausse en Europe dans le contexte du développement rapide du secteur tertiaire, de la mondialisation, de l'allongement des chaînes d'approvisionnement et de la dépendance croissante à l'égard des technologies de l'information. Une étude récente effectuée dans l'Union européenne a montré que les vols de secrets d'affaires par des moyens électroniques pourraient générer des pertes de 60 milliards d'euros par an et affecter un million d'emplois.

36. Dans ce nouvel environnement d'innovation, les entreprises ont tendance à recourir aussi bien aux brevets qu'aux secrets d'affaires. Les études montrent que la coopération interentreprises en matière d'innovation accroît considérablement la propension à recourir au secret d'affaires, surtout lorsque les partenaires sont géographiquement éloignés. Selon M. Follador, le secret d'affaires vient souvent compléter la protection de la propriété intellectuelle, le brevet ne protégeant qu'une partie restreinte et essentielle de l'innovation brevetée, le reste est protégé par d'autres moyens, la plupart du temps par le secret d'affaires.

37. La directive, qui prévoit un ensemble commun de mesures de réparation au civil contre l'appropriation illicite de secrets d'affaires dans l'Union européenne, comprend néanmoins plusieurs garanties, en particulier en ce qui concerne la liberté des médias, la divulgation de secrets d'affaires servant l'intérêt public, par exemple lorsque les travailleurs informent leurs

[1] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

représentants au sujet d'activités illégales, de fautes ou d'actes répréhensibles. Elle contient une liste des facteurs devant être pris en considération par les tribunaux lorsqu'ils examinent la proportionnalité des mesures de réparation, parmi lesquels l'intérêt public, a-t-il expliqué.

38. En ce qui concerne la mobilité des travailleurs, la directive indique clairement que la protection des secrets d'affaires ne devrait pas limiter l'utilisation par les travailleurs des informations, connaissances et compétences acquises dans l'exercice normal de leurs fonctions, établissant ainsi un équilibre entre les intérêts des entreprises et ceux des travailleurs.

39. La directive ne crée pas de droits exclusifs et permet les découvertes indépendantes et l'ingénierie inverse d'un produit acquis légalement, à moins que cette activité ne soit limitée par des obligations juridiquement valides. La directive prévoit également des mesures visant à éviter que les secrets d'affaires ne soient utilisés pour restreindre indûment la concurrence.

Israël : Un pôle de haute technologie

40. L'Autorité israélienne de l'innovation technologique, une société de service public financée par le Gouvernement israélien, soutient 1500 projets et 670 entreprises. Elle est chargée de mettre en œuvre la politique gouvernementale en matière de recherche-développement et d'innovation, et apporte son soutien au secteur de la haute technologie, secteur de premier plan en Israël, qui représente 12% du produit intérieur brut et 43% du volume total des exportations.

41. Selon M. Zafrir Neuman, directeur juridique de l'Autorité israélienne de l'innovation technologique, la brièveté des cycles technologiques, qui modifie également les habitudes sociales, donne un rôle croissant à certaines technologies, telles que l'intelligence artificielle, les véhicules autonomes, les bitcoins et les chaînes de blocs. Néanmoins, l'évolution technologique est plus rapide que prévu et les gouvernements doivent se préparer à la prochaine vague de nouvelles technologies en créant l'infrastructure nécessaire pour faciliter leur prise en charge.

42. Les connaissances et la propriété intellectuelle sont les principaux atouts d'une entreprise dans le secteur de la haute technologie, mais la mobilité des employés est très commune en Israël et les tribunaux seraient très réticents à limiter celle-ci au nom de la protection des secrets d'affaires. La charge de la preuve et de celle du vol d'un secret d'affaires incombe à l'ancien employeur.

Japon : Des efforts de sensibilisation

43. Le Japon estime que la protection des secrets d'affaires est aussi importante que celle des autres droits de propriété intellectuelle et que les entreprises devraient lui accorder autant d'attention, a déclaré Mme Kanako Watanabe, directrice du Bureau de la politique de propriété intellectuelle du Japon du Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie. Au Japon, la loi sur la prévention de la concurrence déloyale régit la protection des secrets d'affaires. Sa révision en 2015 a permis d'apporter une réponse aux problèmes graves rencontrés par les entreprises japonaises dont les informations techniques étaient volées et divulguées à des entités étrangères. Dans le cadre de cette révision, des sanctions civiles plus efficaces ont été introduites, notamment par l'inclusion dans la concurrence déloyale des marchandises portant atteinte à un secret d'affaires et l'ajout d'une disposition relative à la présomption. En outre, Mme Watanabe a expliqué que les sanctions pénales contre les atteintes aux secrets d'affaires, telles que les amendes, avaient augmenté.

44. Au-delà de l'application de la législation contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires, il importe que les détenteurs de secrets d'affaires prennent des mesures pour protéger ceux-ci du vol et empêcher les fuites dans le cadre de leurs activités courantes, a-t-elle déclaré. Depuis la révision, le Bureau de la politique de propriété intellectuelle a déployé de sérieux efforts de sensibilisation au profit des entreprises, y compris des PME. Le Bureau a publié une directive sur la gestion des secrets commerciaux et un manuel sur la protection des informations confidentielles, a expliqué Mme Watanabe.

45. Les entreprises doivent déterminer quelles informations doivent être divulguées et lesquelles doivent être protégées, a-t-elle ajouté, en précisant qu'il était parfois difficile de protéger les données au titre du secret d'affaires car certaines entreprises partagent des données pour générer une valeur nouvelle dans leurs activités. Mme Watanabe a présenté des informations sur la nouvelle législation japonaise relative à la protection des données partagées. Elle a souligné combien il importait de garantir un niveau équivalent de protection juridique des secrets d'affaires dans tous les pays en cette ère numérique qui ne connaît pas de frontières.

Inde : Un ensemble de règles pour protéger les secrets d'affaires

46. À l'indépendance de l'Inde, en 1947, les secteurs de la technologie et de l'industrie occupaient une place minime dans le pays. Le pays a décidé de renforcer son infrastructure scientifique et technologique et de se lancer dans le renforcement des capacités, selon M. Prabuddha Ganguli, PDG de Vision-IPR et professeur invité à l'École de droit de la propriété intellectuelle Rajiv Gandhi de Kharagpur. Par la suite, l'Inde a importé des technologies de différentes régions du monde et son processus d'innovation a principalement consisté à adapter ces technologies nouvellement acquises.

47. À ce jour, l'Inde ne dispose pas d'une protection légale des secrets d'affaires, mais s'appuie sur diverses dispositions en vertu desquelles les secrets d'affaires sont traités, notamment la loi sur les contrats de 1872, la loi sur le droit d'auteur de 1957, la loi sur l'arbitrage et la conciliation de 1996 et la loi sur les technologies de l'information de 2000, qui protège particulièrement les informations confidentielles figurant dans une base de données sous forme électronique.

48. Les secrets d'affaires devraient bénéficier d'une protection distincte et le Gouvernement indien, lors du lancement en 2016 de sa politique nationale en matière de droits de propriété intellectuelle, a reconnu pour la première fois la nécessité de créer une codification et un cadre distincts pour les secrets d'affaires.

49. M. Ganguli a également souligné l'importance des données et l'importance croissante des secrets d'affaires liés aux données, en particulier dans le contexte de l'intelligence artificielle.

Thème 3 : Cadres nationaux et régionaux : faits nouveaux

50. Les experts ont présenté les dernières évolutions juridiques aux États-Unis d'Amérique, dans l'Union européenne et en Chine dans le domaine de la protection des secrets d'affaires. M. Mark Schultz, professeur de droit à la Faculté de droit de la Southern Illinois University, a animé ce débat d'experts. Il a indiqué que si l'on observait une convergence accrue entre les cadres juridiques nationaux et régionaux sur les secrets d'affaires, des divergences importantes subsistaient sur des questions fondamentales relatives à la protection des secrets d'affaires. Il a estimé que les récentes évolutions intervenues dans ces pays et dans cette région étaient des exemples d'approches permettant de relever les défis modernes associés aux systèmes de protection des secrets d'affaires.

Évolution de la législation aux États-Unis d'Amérique

51. La loi uniforme des États-Unis d'Amérique sur les secrets d'affaires (UTSA), promulguée il y a environ 30 ans, a été adoptée par 49 États, avec des niveaux de modification variables, d'après Mme Jennifer Blanc, avocate-conseil au Bureau de la politique et des affaires internationales de l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO). L'UTSA, a-t-elle déclaré, a harmonisé un certain nombre d'éléments importants dans la législation des États sur les secrets d'affaires, telles que la définition et les mesures conservatoires. Selon l'UTSA, un secret d'affaires doit avoir une valeur économique du fait de son caractère secret et des efforts raisonnables doivent être déployés pour le protéger. L'appropriation illicite d'un secret d'affaires comprend la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation non autorisées, par des moyens répréhensibles. Le terme "moyens répréhensibles" inclut le vol, la corruption et la présentation erronée. Il n'inclut pas des méthodes telles que la découverte indépendante ou l'ingénierie inverse. L'UTSA contenait une promesse d'uniformité, mais la façon dont elle a été mise en œuvre et interprétée dans les 49 États n'a pas permis de tenir cette promesse, a noté Mme Blank.

52. En 2016, la loi sur la protection des secrets d'affaires (DTSA) a été promulguée, établissant pour la première fois une cause d'action civile fédérale pour l'appropriation illicite d'un secret d'affaires. Elle visait à fournir aux entreprises un moyen uniforme, fiable et prévisible de protéger les secrets d'affaires à l'échelle nationale. La DTSA ne prévaut toutefois pas sur les lois en vigueur dans les États, de sorte que les entreprises peuvent toujours s'adresser aux tribunaux d'État.

53. L'une des nouvelles dispositions de la DTSA est une ordonnance de saisie, qui peut être rendue dans des "circonstances extraordinaires". Un tribunal peut rendre une ordonnance de saisie *ex parte* pour "empêcher la propagation ou la diffusion" du secret d'affaires visé par l'action. Les "circonstances extraordinaires" peuvent inclure la fuite imminente d'un auteur d'infraction vers un autre pays ou un risque imminent de divulgation du secret d'affaires à un tiers.

54. Les dispositions de la DTSA visent à fournir un cadre permettant de traiter diverses situations et de concilier les droits des différentes parties. Des conditions particulières sont attachées à une ordonnance de saisie, notamment l'obligation selon laquelle la demande doit décrire avec précision ce qui doit être saisi et les circonstances permettant de déterminer le lieu où l'objet peut être trouvé. Il faut également prouver que si la personne visée par l'ordonnance était avertie à l'avance, elle ne se conformerait pas à l'ordonnance du tribunal de préserver les éléments de preuve et pourrait les détruire.

La directive de l'Union européenne fixe des normes minimales

55. Chaque État membre de l'Union européenne doit transposer la directive dans sa législation nationale. Selon M. Follador, la directive fixe des normes minimales, laissant aux États membres la liberté d'introduire des mesures de protection plus étendues contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires à condition qu'elles respectent les protections prévues par la directive.

56. La directive, qui visait à harmoniser la protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, couvre un certain nombre d'aspects, tels que la définition des secrets d'affaires, l'acquisition licite et illicite, les exceptions et les mesures contre les recours abusifs, les dommages-intérêts et la protection de la confidentialité pendant les procédures judiciaires. Toutefois, elle ne prévoit aucune règle harmonisée (par exemple, en ce qui concerne la conservation des éléments de preuve ou l'accès à ceux-ci), et laisse aux États membres le soin de régler cette question ainsi que d'autres liées à l'exécution qui ne sont pas incluses dans le

champ d'application de la directive. La législation de chaque État membre fixe les règles applicables dans ce cas[2].

57. Les États membres de l'Union européenne étaient tenus de transposer la directive européenne dans leur législation nationale avant le 9 juin 2018. Un premier rapport sur la mise en œuvre de la directive sera établi en 2021 à l'intention de la Commission européenne par l'Observatoire européen. La Commission établira un premier rapport à l'intention du Parlement européen et du Conseil en 2022, qui sera suivi d'un rapport d'évaluation d'impact en 2026, a déclaré M. Follador.

Chine : Une attention croissante portée aux secrets d'affaires

58. La Chine s'est montrée très attentive à la protection des secrets d'affaires. Celle-ci figurait dans la loi chinoise de 1993 contre la concurrence déloyale (article 10), qui a ensuite été révisée en 2017 et en 2019, comme l'a expliqué M. Huang Wushuang, professeur de droit et directeur de l'Institut pour la propriété intellectuelle à l'Université de sciences politiques et de droit de Chine orientale.

59. La révision de 2019 a introduit de nouveaux éléments, par exemple l'utilisation illicite et l'obtention par intrusion électronique de secrets d'affaires. La révision porte également sur la confidentialité des échanges entre employeurs et employés, ainsi que donneurs et preneurs de licences, et met en cause toute personne en aidant une autre à voler un secret d'affaires. Le champ d'application des versions précédentes et de la loi contre la concurrence déloyale ne concernait que les entreprises et les consommateurs. La révision introduit également une disposition relative aux dommages-intérêts punitifs.

60. La définition des secrets d'affaires a également été actualisée et inclut désormais les informations techniques, opérationnelles ou autres informations commerciales inconnues du public. Dans la version précédente, les secrets d'affaires étaient strictement limités aux informations techniques et commerciales, et n'incluaient pas d'autres informations, comme les salaires des employés. L'une des principales modifications apportées au nouvel article révisé est le déplacement de la charge de la preuve vers la partie défenderesse, a déclaré M. Wushuang.

Confidentialité des informations pendant les procédures judiciaires

61. La confidentialité des informations au cours des procédures judiciaires pose souvent un dilemme, puisqu'il est nécessaire pour le tribunal et les avocats d'accéder à des informations confidentielles et pour le détenteur du secret d'affaires de garder ces informations secrètes. Selon M. Follador, la directive de l'Union européenne vise à concilier le droit à un procès équitable et la protection de la confidentialité, laissant une grande latitude aux pays et aux juges.

62. Aux États-Unis d'Amérique, les deux parties peuvent demander de nombreuses informations avant le procès, mais pour les secrets d'affaires, les tribunaux ont mis en place divers mécanismes pour contrôler les requêtes en production de documents et répondre à la fois aux besoins du détenteur du secret d'affaires et à ceux de la partie défenderesse. L'une des options consiste à ne permettre qu'aux avocats des parties de voir les éléments de preuve essentiels, une autre étant que le juge soit le seul à examiner les éléments de preuve dans son

[2] Certains législateurs nationaux en Europe ont décidé d'appliquer aux secrets d'affaires les dispositions de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle (directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle).

cabinet. Les tribunaux peuvent être à huis clos pour une partie de la procédure lorsque les éléments de preuve sont exposés, a expliqué Mme Blank.

63. En Chine, le renversement de la charge de la preuve fait l'objet de discussions depuis 10 ans. En vertu de la loi en vigueur, lorsque le détenteur d'un secret d'affaires fournit des éléments de preuve préliminaires afin de prouver qu'il a pris des mesures pour garder les informations secrètes et de démontrer raisonnablement que celles-ci ont fait l'objet d'une appropriation illicite, le contrevenant présumé doit prouver que tel n'a pas été le cas, a expliqué M. Wushuang.

Thème 4 : Incidence économique de la protection des secrets d'affaires sur l'innovation

64. Sachant que l'on ne disposait que de peu de données empiriques sur l'utilisation des secrets d'affaires et les appropriations illicites dans ce domaine, les économistes essayaient à présent de combler les lacunes. Les experts se sont demandé pourquoi les vols de secrets d'affaires ne faisaient pas systématiquement l'objet de plaintes et pour quelles raisons les entreprises privilégiaient le secret d'affaires par rapport aux brevets.

65. D'après M. Carsten Fink, économiste en chef à l'OMPI, il était assez difficile de mettre des chiffres sur l'utilisation des secrets d'affaires, mais on pouvait raisonnablement penser que ceux-ci étaient très largement utilisés, sous une forme ou une autre, par la plupart des entreprises. Selon lui, les économistes devaient se soucier de la protection des secrets d'affaires principalement pour deux raisons, à commencer par les questions d'ordre stratégique qui entouraient le sujet. Il s'agissait notamment de déterminer ce que l'on pouvait considérer comme une divulgation licite, en particulier au regard de la mobilité du personnel? Ensuite, l'utilisation des secrets d'affaires était étroitement liée aux politiques applicables en matière de brevets, lesquelles reposaient sur la divulgation pour entretenir les systèmes d'innovation, tandis que les secrets d'affaires consistaient à garder une invention secrète. Pour M. Fink, il serait intéressant de connaître les effets potentiels sur le long terme de ces deux types de protection sur la divulgation ou la non-divulgation au public de certaines technologies.

Le vol de secrets d'affaires, un problème trop rarement signalé

66. On ne disposait pour l'heure que de très peu de données empiriques sur les secrets d'affaires. Grâce aux archives en ligne des tribunaux, Mme Nicola Searle de l'Institute for Creative and Cultural Entrepreneurship à l'Université Goldsmiths de Londres avait répertorié toutes les affaires, environ 200, portées en justice entre 1996 et 2018 dans lesquelles le défendeur avait été accusé de vol de secret d'affaires.

67. Il ressortait de son analyse préliminaire que dans 70 affaires engagées au titre de la loi des États-Unis d'Amérique sur l'espionnage économique, les victimes étaient des entreprises cotées en bourse, ce qui signifiait qu'il s'agissait d'entreprises relativement importantes. Environ 60% des entreprises concernées étaient des entreprises manufacturières, notamment des laboratoires pharmaceutiques et des sociétés d'armement, 18% étaient des sociétés de services et 13% de petites entreprises.

68. Les défendeurs étaient pour l'essentiel des initiés, des gens qui pouvaient avoir accès à l'information, comme des salariés ou des prestataires extérieurs. Mme Searle avait cependant relevé un niveau "étrangement" bas de compétences informatiques chez les défendeurs, ajoutant que l'idée qu'on se faisait habituellement, à savoir qu'un salarié passait la porte en emportant avec lui une clé USB semblait se confirmer. Les auteurs de ce genre de vols visaient généralement un secret d'affaires en particulier, mais il convenait de préciser que si certains secrets avaient beaucoup de valeur, pour la plupart, ils ne valaient pas grand-chose.

69. On savait en général très peu de choses sur les secrets d'affaires et sur les vols de secrets d'affaires, car ceux-ci ne faisaient que très rarement l'objet de plaintes. Il s'ensuivait que les entreprises n'étaient pas vraiment informées de ce qu'il convenait de faire pour protéger valablement leurs secrets et que les décideurs ne disposaient pas de données suffisantes pour prendre des mesures adéquates. Mme Searle a montré au moyen d'un schéma que le défaut de signalement des cybercrimes, dont faisait partie le vol de secrets d'affaires contribuait à une augmentation de la cybercriminalité. Selon elle, les entreprises avaient tendance à ne pas signaler les cybercrimes de peur que cela n'écorne leur image. Par voie de conséquence, les pouvoirs publics n'avaient pas connaissance de l'étendue de la cybercriminalité, si bien qu'ils ne se montraient pas suffisamment prudents et adoptaient des politiques peu rigoureuses qui laissaient le champ libre aux cybercriminels. Des simulations théoriques faisaient apparaître que les entreprises seraient plus enclines à investir dans des dispositifs de haute sécurité si les infractions pouvaient rester dans la sphère privée.

70. Enfin, Mme Searle a dressé une liste de solutions qui permettraient de remédier au défaut de signalement des vols de secrets d'affaires, telles que l'obligation de porter plainte, l'obligation de présenter des états financiers ou encore l'obligation de signaler les atteintes aux données, et évoqué certaines des modifications qu'il faudrait apporter aux politiques.

La protection des secrets d'affaires : un défi

71. D'après Mme Pallavi Seth, directrice de la société The Brattle Group, aux États-Unis d'Amérique, la protection de la propriété intellectuelle avait pour vocation première sur le plan économique de fournir un cadre qui permette de récompenser les innovations. Les secrets d'affaires permettaient de protéger l'information et les produits intangibles. Outre des ingrédients, des recettes et des algorithmes de logiciels, les secrets d'affaires pouvaient également porter sur la structure des coûts, la stratégie de fixation des prix, la stratégie de l'entreprise, les exigences particulières des clients, les plans d'affaires, l'élaboration du ou des produits et les échéanciers correspondants, ainsi que sur la clientèle.

72. Les protéger n'était cependant pas évident. Les secrets d'affaires étaient partagés avec les salariés et les partenaires commerciaux et pouvaient donner lieu à une rétro-ingénierie ou être découverts de manière indépendante. Il était onéreux d'en assurer la protection, sans compter que les secrets d'affaires pouvaient constituer un frein à la mobilité de la main-d'œuvre.

73. D'après l'intervenante, il importait que les entreprises comparent les avantages et les inconvénients qu'il y avait à recourir aux secrets d'affaires plutôt qu'aux brevets et qu'elles tiennent compte par exemple du degré d'innovation, de ce que coûtait la préservation d'un secret d'affaires, de la capacité de rétro-ingénierie et du degré de concurrence dont faisait l'objet le produit visé. Elle était d'avis que les procédés de fabrication et les formules exclusives se prêtaient particulièrement bien à la protection qu'offrait le secret d'affaires. Le degré de concurrence pouvait lui aussi influer sur le choix des entreprises. Ainsi, s'il y avait de nombreux concurrents et que l'un d'eux dominait le marché, l'entreprise aurait peut-être tendance à privilégier le secret d'affaires. Inversement, si tous les concurrents se disputaient la première place, il pourrait être préférable de recourir à un brevet.

74. Mme Seth a pris l'exemple de l'enquête menée par la Commission du commerce international des États-Unis d'Amérique (USITC) dans l'affaire *Jawbone* c. *Fitbit* qui opposait deux entreprises fabriquant des dispositifs de mesure de l'activité physique. Jawbone était un des premiers fabricants de technologies portables. Fitbit était le numéro un du marché des accessoires de sport portatifs. Au moment de l'enquête, les deux entreprises fabriquaient des dispositifs au format montre qui comptaient les pas et mesuraient l'activité physique. Fitbit accusait Jawbone d'atteinte au brevet et d'appropriation illicite de secrets d'affaires par le biais

de six anciens salariés qui lui auraient volé quelque 300 000 fichiers confidentiels concernant notamment les gammes de produits, la chaîne d'approvisionnement, des données financières, des dessins et modèles et des enquêtes auprès de la clientèle.

75. Le lancement de nouveaux modèles sur ce marché naissant pouvait engendrer un retour sur investissement colossal pour le premier fournisseur qui serait à même d'identifier et de répondre aux besoins non satisfaits d'une grande part du marché. En outre, si les produits étaient difficiles à imiter, celui-ci pourrait appliquer durablement le prix fort et continuer longtemps à dégager des recettes importantes. Or, si une entreprise mettait la main sur les informations technologiques ou de fabrication d'un concurrent de manière illicite, cela pouvait lui permettre de se rendre compte que telle ou telle technologie était prête à être mise en œuvre et qu'il convenait de faire en sorte de doter au plus vite ses propres produits de possibilités analogues, et éventuellement lui épargner un certain nombre d'étapes. En l'espèce, les deux entreprises étaient parvenues à un règlement amiable et, au moment du colloque, les responsables du vol de secrets d'affaires avaient été inculpés.

Thème 5 : Intégration des secrets d'affaires dans les stratégies commerciales et la gestion des connaissances

76. M. Héctor E. Chagoya, associé principal et directeur des brevets et de la technologie chez BC&B à Mexico a animé ce débat d'experts auquel ont pris part des représentants de différents secteurs et d'entreprises de dimensions variables. Il y a été question du rôle et de la place des secrets d'affaires dans la stratégie de propriété intellectuelle de leurs entreprises respectives, ainsi que de la gestion de ces secrets et de la confidentialité dans l'entreprise et vis-à-vis de ses partenaires commerciaux.

77. Si les secrets d'affaires étaient essentiels pour toutes les entreprises, de l'expérience de Mme Sophie Blum, associée fondatrice de la société Ycor Corp. à Genève, ils ne venaient pas à l'esprit aussi spontanément que les brevets et il était apparu qu'ils n'étaient pas évidents à manier.

78. Dans le cadre d'un écosystème ouvert aux start-ups qu'elle avait créé 10 ans plus tôt pour Procter & Gamble et dans lequel cohabitaient de grosses sociétés et des start-ups de dimension réduite, il avait fallu trouver un moyen de protéger les deux parties en apportant une attention particulière aux start-ups. Mme Blum a souligné l'importance des termes des accords dont la divulgation au public serait préjudiciable à l'une et l'autre parties. Avec les secrets d'affaires, se posait également la difficulté d'identifier les informations à protéger et d'en assurer la bonne gestion au sein de l'entreprise, c'est-à-dire de définir ces informations, de les actualiser et de les conserver pour préserver l'actif qu'elles constituaient, ce qui était chronophage. D'après l'intervenante, la transition numérique avait totalement modifié la façon de protéger les secrets d'affaires et amené d'infinies possibilités d'exploitation de ces secrets et de réflexion sur le sujet.

Produits complexes et produits réglementés

79. Certaines entreprises faisaient le choix de ne pas déposer de demandes de brevet. L'entreprise de Mme Nicole Weiland, Xenometrix, fabriquait des dispositifs de tests toxicologiques, des produits complexes et difficiles à reproduire. Xenometrix avait eu la possibilité de faire breveter ses innovations 20 ans plus tôt, mais avait décidé de ne pas le faire et avait privilégié les secrets d'affaires. Faire breveter une innovation représentait en effet un énorme investissement pour une petite entreprise comme celle-ci, non seulement sur le plan financier, mais aussi parce que cela mobilisait des ressources humaines importantes. De plus,

Xenometrix aurait dû déployer des efforts considérables pour faire respecter les droits que lui aurait conférés le brevet contre les atteintes de grosses sociétés.

80. Les choix d'une entreprise pouvaient également être dictés par des obligations légales. À titre d'exemple, l'entreprise américaine SpaceX pour laquelle Mme Rachel S. Lovejoy travaillait comme conseillère principale était spécialisée dans les technologies d'exploration spatiale; elle concevait et construisait des fusées et des vaisseaux spatiaux à la pointe de la technologie dont elle assurait l'exploitation. Elle lançait également des satellites commerciaux et fabriquait ses propres satellites. Aux États-Unis d'Amérique, les technologies de lancement étaient soumises à des restrictions à l'exportation, ce qui signifiait que leur divulgation n'était pas autorisée. L'utilisation du secret d'affaires était donc conforme à cette interdiction. SpaceX y avait recours, surtout pour protéger ses technologies de lancement. Pour décider s'il valait mieux recourir aux secrets d'affaires ou au contraire aux brevets, l'entreprise tenait compte de plusieurs éléments : rythme de l'innovation dans le domaine concerné, diffusion de la technologie à prévoir, coût du dépôt de brevet, intérêt de la concurrence pour la technologie à protéger et principal marché visé (national ou international).

81. Pour M. Zhu Xianmin, directeur du département des affaires juridiques chez Zhejiang Weixing New Building Materials, en Chine, le défaut d'harmonisation de la réglementation et de la portée des secrets d'affaires ainsi que des normes en vigueur sur le marché mondial créait des problèmes croissants. Sachant que les secrets d'affaires contribuaient à donner de la valeur aux entreprises et les incitaient à innover constamment, M. Xianmin appelait de ses vœux une meilleure protection transfrontière de ces actifs.

Stratégies internes de protection des secrets d'affaires

82. La protection des secrets d'affaires exigeait une stratégie concrète sur le plan interne et de bonnes pratiques. Chez SpaceX, Mme Lovejoy commençait par se demander à qui allait être confié le secret d'affaires dans l'entreprise, puis elle s'assurait que les intéressés étaient aptes à garder un secret. Les accords de confidentialité entre les salariés et les tiers avec lesquels ils interagissaient étaient importants mais pas infaillibles.

83. Par principe, les tiers ne devaient recevoir que les informations nécessaires pour être à même de fournir à l'entreprise les services ou les biens dont celle-ci avait besoin. Il fallait aussi que le service informatique sache où étaient détenues les données et veille à ce qu'elles soient correctement cryptées. Enfin, il importait de rappeler aux salariés, en particulier aux plus jeunes, qu'ils n'avaient pas le droit de publier des photos de leur travail sur le Web.

84. Il importait toutefois aussi de former le personnel à protéger les secrets d'affaires des tiers; pour l'intervenante, il s'agissait que les salariés de SpaceX n'incorporent pas les technologies de partenaires commerciaux de l'entreprise qui étaient protégées par des secrets d'affaires dans ses produits, que ce soit volontairement ou par inadvertance.

85. Xenometrix étant pour sa part une petite entreprise, elle n'avait pas de stratégie particulière et comptait sur le fait que les effectifs étaient réduits et que tout ce qui était publié transitait par le bureau de Mme Weiland. L'entreprise prenait cependant des mesures de sécurité : elle encodait la formule de certains produits chimiques importants et faisait signer des accords de confidentialité.

86. La stratégie d'Ycor Corp. pour protéger les secrets d'affaires reposait sur le principe du "besoin de savoir". Ycor Corp. appliquait en outre une procédure formelle s'agissant des accords de confidentialité et une politique de sensibilisation systématique.

87. Enfin, dans la société Zheijiang Weixing New Building Materials, le service juridique qui était responsable de la gestion de la propriété intellectuelle avait mis au point des directives internes sur la définition et la classification des secrets d'affaires. Pour les accords de licences portant sur les secrets d'affaires, l'entreprise choisissait soigneusement ses partenaires de fabrication des modèles originaux selon plusieurs critères (fiabilité, antécédents et réputation de l'entreprise et qualité des personnes affectées à la production). Elle dispensait en outre régulièrement des formations à ses partenaires pour protéger les actifs que constituaient ses secrets d'affaires.

88. Enfin, répondant à une question sur la nécessité pour les start-ups de protéger la propriété intellectuelle de leurs inventions pour attirer les investisseurs, Mme Blum a indiqué que certains investisseurs auraient effectivement tendance à exiger la protection de l'invention par un brevet, mais que si on leur expliquait les effets potentiels du secret d'affaires et son intérêt pour l'invention, ils accepteraient cette solution. Mme Lovejoy a ajouté que les investisseurs s'intéressaient également aux mesures de protection que prenaient les start-ups.

Thème 6 : Voies de recours en cas d'appropriation illicite de secrets d'affaires

89. Les voies de droit en cas de vol de secrets d'affaires posaient elles aussi des difficultés à plusieurs égards. L'animatrice du débat, Mme Nari Lee, professeure à l'école de commerce de Hanken à Helsinki a appelé l'attention sur certaines questions qui avaient trait à l'appropriation illicite de secrets d'affaires et aux recours disponibles, notamment les motifs pouvant être invoqués pour saisir la justice, les instances compétentes, la mise en cause de la responsabilité civile ou pénale et la responsabilité des tiers, ainsi que les mesures concrètes de conservation des preuves et d'application transfrontière de la réglementation.

Recours disponibles en Europe

90. Il n'était pas clairement établi que les secrets d'affaires constituaient des actifs de propriété intellectuelle. Ceux-ci n'étaient en effet pas définis comme tels dans la Directive de l'UE, ce qui d'après M. Stefan Dittmer, associé chez Dentons à Berlin n'était pas sans conséquence lorsqu'on voulait saisir la justice.

91. De surcroît, l'accès aux éléments de preuve posait problème, en particulier lorsque le litige portait sur des secrets d'affaires et que certains faits devaient être vérifiés, notamment pour déterminer si l'entreprise détenait effectivement un secret d'affaires et si le détenteur du secret était légitimement propriétaire de l'information visée. Cela pouvait être difficile dans la mesure où contrairement aux titulaires de brevets qui pouvaient présenter l'enregistrement de leur brevet, il n'existait pas de registre des secrets d'affaires et pas non plus de présomption de détention. Aussi importait-il, lorsque les entreprises produisaient des informations pouvant être considérées comme des secrets d'affaires, qu'elles veillent à en garder une trace.

92. D'après M. Dittmer, si la Directive de l'UE prévoyait une certaine latitude en ce qui concernait la préservation de la confidentialité durant les procès, elle ne réglait pas totalement la question, de sorte que les tribunaux allemands n'étaient que rarement saisis de litiges portant sur des secrets d'affaires, faute de certitude.

93. M. Dittmer estimait que les dérogations prévues par la Directive pouvaient poser des problèmes d'interprétation. Celles-ci avaient trait notamment à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires pour révéler une faute, un acte répréhensible "ou" une activité illégale (sans guillemets dans l'original). L'emploi de la conjonction "ou" pouvait amener à inclure certaines activités licites dans la liste des dérogations. La Directive exonérait les lanceurs d'alerte qui avaient agi dans le but de protéger l'intérêt public général. Cependant, elle

ne définissait pas l'intérêt public général si bien que, de l'avis de l'intervenant, la dérogation était trop vaste pour être facilement applicable tant aux entreprises qu'aux lanceurs d'alertes.

94. Enfin, pour évaluer la proportionnalité des réparations, il fallait que le tribunal tienne compte des mesures que le détenteur du secret d'affaires avait prises pour en préserver la confidentialité. On était en droit de se demander par exemple si le caractère plus ou moins rigoureux des mesures entrait en ligne de compte dans les réparations accordées.

États-Unis d'Amérique : la loi sur les secrets d'affaires adoptée récemment, une loi sans frontières

95. L'entrée dans l'ère du numérique ayant suscité un engouement pour la protection des secrets d'affaires, la loi de 2016 sur la défense des secrets d'affaires avait été adoptée à une écrasante majorité, ce qui d'après Mark Halligan, associé chez FisherBroyles LLP aux États-Unis d'Amérique, constituait un événement majeur pour le droit de la propriété intellectuelle.

96. L'une des dispositions fondamentales de ce texte consistait en effet à incorporer, en tant qu'infractions principales, les infractions visées aux articles 1831 et 1832 de la loi sur l'espionnage économique dans l'article 1961 de la loi sur la lutte contre la criminalité organisée (loi RICO). Grâce à cette incorporation, les entreprises et autres victimes de vol de secrets d'affaires pouvaient désormais engager des actions civiles au titre de la loi RICO pour les infractions principales visées aux articles 1831 et 1832 de la loi sur l'espionnage économique et se voir accorder des dommages-intérêts multipliés par trois, ainsi que les frais d'avocat et les pertes occasionnées par l'infraction à la loi RICO.

97. Les articles 1831 et 1832 de la loi sur l'espionnage économique visaient une longue liste d'infractions liées au vol de secrets d'affaires et à l'espionnage économique. L'article 1837 de ce texte, également incorporé dans la loi sur la défense des secrets d'affaires, prévoyait un principe d'extraterritorialité pour les actes commis hors du territoire des États-Unis d'Amérique à deux conditions : "1) que l'auteur de l'infraction soit une personne physique ayant la nationalité américaine ou un étranger ayant sa résidence permanente aux États-Unis d'Amérique, ou une organisation constituée en vertu des lois des États-Unis d'Amérique ou d'un État des États-Unis d'Amérique ou d'une subdivision politique d'un tel État; ou 2) qu'un acte ayant servi à la commission de l'infraction ait été commis aux États-Unis d'Amérique". La loi RICO s'appliquait par conséquent aux actes commis hors du territoire des États-Unis d'Amérique, si bien que les entreprises américaines disposaient désormais d'outils pour protéger les actifs que constituaient les secrets d'affaires non seulement aux États-Unis d'Amérique, mais dans le monde entier.

L'application de la réglementation, une affaire de coopération entre États

98. Abondant dans le sens de l'intervenant précédent, M. Chagoya a lui aussi souligné l'importance de la disposition de la loi sur la défense des secrets d'affaires relative aux questions d'extraterritorialité. Il s'agissait là d'un élément particulièrement intéressant dans la mesure où les données étaient partout et où avec l'informatique dématérialisée les serveurs pouvaient se trouver n'importe où dans le monde.

99. M. Chagoya regrettait le manque d'harmonisation au niveau planétaire en ce qui concernait la protection des secrets d'affaires et les règles contradictoires qui s'appliquaient selon les pays en cas d'appropriation illicite d'un secret d'affaires à l'étranger. Une coopération internationale s'imposait pour une application effective des décisions de justice. Par ailleurs, la protection des secrets d'affaires relevait de différents cadres réglementaires selon les pays, tels que la législation du travail, le droit commercial ou encore la législation contre la

cybercriminalité. Pour le modérateur, cette disparité avait une incidence sur l'établissement des responsabilités et sur l'application de la réglementation destinée à combattre le vol de secrets d'affaires.

100. Il a fait observer que les mesures requises pour garder un secret d'affaires relevaient des contrats et des accords de confidentialité, mais que dans la mesure où différentes lois s'appliquaient selon les pays, un même secret d'affaires pouvait donner lieu à plusieurs accords.

101. Enfin, le modérateur a souligné les difficultés inhérentes à la nécessaire harmonisation, car les secrets d'affaires reposaient sur le principe de propriété, or, d'une manière générale, la réglementation en la matière n'était pas harmonisée au niveau mondial. Il serait selon lui tout aussi difficile d'harmoniser la réglementation relative aux secrets d'affaires que de rapprocher le droit des contrats et le droit pénal.

L'identification des secrets d'affaires, un élément clé

102. Les secrets d'affaires étaient au cœur de la compétitivité d'une entreprise; selon M. Tong Wu, vice-président et cofondateur de la société chinoise Iptalent Consulting, il en allait de la survie même de l'entreprise. Pour lui, ce qu'une entreprise pouvait faire de mieux en cas de violation d'un secret d'affaires consistait à enrayer la fuite. M. Wu appelait les entreprises à identifier leurs secrets d'affaires conformément à la réglementation applicable. Nombre d'entreprises avaient une perception erronée de ce qu'étaient les secrets d'affaires et considéraient que toutes les informations personnelles entraient dans cette catégorie, de sorte qu'il était impossible de faire appel à l'entraide judiciaire. Il était impératif en outre d'évaluer la valeur monétaire des secrets d'affaires.

103. En Chine, les entreprises pouvaient choisir les mesures correctives au cas par cas. À titre d'exemple, si un secret était divulgué mais n'avait pas encore été révélé publiquement ou n'avait pas encore fait l'objet d'une utilisation concrète, la meilleure solution consistait à négocier avec le contrevenant, ce qui supposait d'établir des documents en amont de la négociation, notamment un engagement écrit et une lettre d'aveux.

104. Si le secret avait été révélé au public ou utilisé de manière illicite, la meilleure solution était d'utiliser les moyens judiciaires et de saisir la justice pénale ou civile, ou d'engager un recours administratif.

105. MM. Chagoya et Halligan ont insisté sur le fait qu'un secret d'affaires devait être identifiable. M. Halligan a souligné que la première étape pour protéger un secret d'affaires était d'identifier et de décrire ce qui était protégé. Alors seulement le secret d'affaires pouvait être classifié et protégé et sa valeur estimée. À cet égard, M. Halligan a évoqué un logiciel de gestion des secrets d'affaires dénommé Trade Secret Examiner®.

Thème 7 : Gestion des secrets d'affaires dans les procédures engagées devant les tribunaux

106. Lors de ce débat, les experts ont examiné les mesures prises par les tribunaux pendant les procédures judiciaires en vue de préserver la confidentialité des secrets d'affaires des parties. Mme Eun Joo Min, directrice de l'Institut judiciaire de l'OMPI, a animé ce débat d'experts.

107. Selon M. Jörn Feddersen, juge auprès de la Cour fédérale de justice de Karlsruhe (Allemagne), les parties à un procès doivent se voir garantir le droit d'être entendues et le droit à un procès équitable. Le droit d'être entendues comprend l'accès des parties à toutes les

informations communiquées au tribunal et par celui-ci. Si le tribunal limite l'accès des parties à l'information, cela porte atteinte à leur droit d'être entendues. Le principe du procès équitable repose sur le caractère public des audiences et constitue le fondement de l'État de droit, qui ne peut être suspendu que pour des raisons importantes : les secrets d'affaires en font partie.

108. En Allemagne, depuis la transposition directe de la directive européenne, le tribunal peut rendre une ordonnance de confidentialité concernant certaines informations qui, à première vue, relèvent du secret d'affaires. En conséquence de l'ordonnance de confidentialité, les parties, leurs avocats, les témoins, les experts et toute autre partie prenante à la procédure judiciaire ne sont pas autorisés à utiliser ou à divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires présumé, a-t-il expliqué.

109. Une grande latitude est laissée au tribunal quant aux mesures à prendre pour protéger certaines informations. Ces mesures peuvent prendre la forme d'une restriction d'accès à tout document soumis par les parties contenant le secret d'affaires ou le secret d'affaires présumé, ou d'une restriction de l'accès à certaines informations à un nombre limité de personnes dignes de confiance. Selon M. Feddersen, l'obligation de confidentialité subsiste à l'issue du procès.

110. Les entreprises hésitaient auparavant à porter leurs affaires devant les tribunaux par crainte de compromettre leurs secrets d'affaires, mais la nouvelle loi protégeant les secrets d'affaires dans le cadre du système judiciaire allemand devrait leur permettre de surmonter cette hésitation et entraîner une augmentation des poursuites judiciaires liées aux secrets d'affaires en Allemagne.

111. En Afrique du Sud, pays de *common law* dans ce domaine du droit, la protection des secrets d'affaires et des informations confidentielles au cours des procédures judiciaires repose sur trois grands principes : l'équité, la protection des informations confidentielles et le droit des parties en présence à donner des instructions éclairées à leurs représentants légaux. Comme les transactions sont souvent bien documentées et que le processus de divulgation par voie de communication préalable peut être substantiel, le risque de divulgation d'informations confidentielles est élevé dans certains types de litiges. D'où la nécessité d'offrir une protection pour les secrets d'affaires, a expliqué M. David Unterhalter, juge auprès de la Haute Cour de Johannesburg (Afrique du Sud).

112. Il appartient au tribunal d'évaluer la nécessité de la divulgation et les risques que celle-ci comporte. Généralement, le tribunal autorise la divulgation d'informations confidentielles pertinentes sous réserve de restrictions plus ou moins strictes, en cherchant à conserver les caractéristiques essentielles de la confidentialité, tout en autorisant l'accès à quelques personnes soumises à des restrictions d'utilisation.

113. La restriction de l'accès peut entraîner certains problèmes, en particulier pour les avocats et les conseillers juridiques, qui sont tenus de renseigner leurs clients en toute connaissance de cause. Certains tribunaux craignent que les clients puissent être privés de leur droit fondamental à l'équité si leurs conseillers ont accès à des informations auxquelles eux-mêmes n'ont pas accès, a indiqué M. Unterhalter. La question de l'accès se pose aussi dans le contexte de la prise de décisions réglementaires. Comment un régulateur peut-il rendre une décision au sujet d'une procédure de fusion contestée alors qu'il a accès à des informations confidentielles qui ne sont pas communiquées aux parties? a-t-il demandé.

114. En vertu du droit écrit brésilien, le juge doit prendre des mesures pour protéger le secret judiciaire dans le cas des secrets d'affaires, a déclaré Mme Kasznar Fekete. Seuls les avocats des parties ont alors accès aux dossiers. Elle a fait observer que les précautions en matière de confidentialité dans les procédures administratives relatives aux droits de propriété intellectuelle devaient encore être améliorées : dans certains cas, les règles sont inexistantes.

115. La prise de diverses mesures non prescrites par la législation ou la réglementation peut être demandée par les parties et effectuée par le tribunal pour atténuer les risques, notamment la restriction de l'accès à la partie défenderesse, l'interdiction de copier ou de photographier les documents confidentiels, et la tenue des audiences et le recueil des témoignages à huis clos. Le problème, cependant, se situe au niveau du fonctionnement des tribunaux, qui ne disposent pas nécessairement de systèmes de haute sécurité et peuvent exposer les secrets d'affaires à un risque de vol ou de fuite accidentelle, a déclaré Mme Kasznar Fekete. Il est également difficile de déterminer dans quelle mesure le juge doit exiger que les détails concernant la technologie confidentielle en question soient divulgués dans les registres judiciaires par la partie concernée ou par l'expert technique désigné par le tribunal.

116. En ce qui concerne le traitement des secrets d'affaires pendant la procédure judiciaire, M. Richard L. Thurston, conseiller juridique chez Duane Morris LLP (États-Unis d'Amérique), a souligné la nécessité de prendre des mesures raisonnables pour préserver le secret. Il a notamment souligné qu'il convenait de rester vigilant, d'exercer un contrôle afin de limiter le nombre de personnes présentes à l'audience et de soulever les objections appropriées concernant la présentation de certaines pièces à conviction.

Thème 8 : Les secrets d'affaires à l'avenir : combler le fossé de l'innovation et saisir les occasions offertes par les nouvelles technologies

117. M. Yoshiyuki Takagi, sous-directeur général de l'OMPI, a animé ce débat. Selon les participants à ce débat d'experts, tenter de prévoir l'avenir de la protection des secrets d'affaires revient à regarder dans une boule de cristal. Ils ont donné quelques pistes quant à ce qui pourrait se produire dans les années à venir.

118. L'entrée dans l'ère numérique a marqué l'avènement d'un paradigme totalement nouveau, offrant de nouvelles possibilités de communication, de reproduction, de conservation et d'utilisation des informations et des savoirs. Pour certaines technologies, l'ingénierie inverse légitime devient d'heure en heure plus facile, a déclaré M. Ganguli. Il a décrit un monde dans lequel les nouvelles technologies émergentes faisaient de la science-fiction d'hier la réalité d'aujourd'hui, mentionnant la mise au point de technologies non intrusives permettant de lire dans les pensées et d'enregistrer les pensées. Prévoyant l'arrivée de produits fondés sur ces technologies dans 15 ans, il s'est demandé ce qu'il adviendrait d'un secret d'affaires si l'on pouvait lire dans les pensées. Quelles seraient alors les informations "secrètes"?

119. La même question se pose concernant l'intelligence artificielle et les systèmes autonomes d'autoformation. S'ils sont considérés comme des personnes morales ou des employés, les secrets d'affaires vont prendre une dimension totalement différente, a-t-il déclaré, exhortant les responsables politiques à se pencher sur ces questions. Il est impératif de comprendre les technologies et leur incidence potentielle pour avoir une idée plus précise de ce qu'est ce nouveau paradigme, a-t-il expliqué.

Une norme technique mondiale indispensable

120. M. Richard L. Thurston s'est dit d'accord, affirmant que l'évolution technologique était si rapide que la plupart des gens ne pouvaient pas la suivre. Ces progrès technologiques rapides de l'ère post-PC, tels que les plateformes partagées et transfrontières d'échange d'informations dans le nuage, accroissent les risques pour les secrets d'affaires, a-t-il ajouté. En guise de solution, il a proposé un registre international des savoirs, établissant un autre type de preuve de l'existence d'un document électronique. Il s'agit d'un système tiers neutre, qui a déjà été déployé au cours des trois dernières années dans plusieurs entreprises, établissements

universitaires, organismes publics et privés, et institutions publiques, et qui pourrait selon lui rapidement devenir une norme à l'échelle mondiale.

121. M. Thurston estime indispensable la création d'une norme mondiale officielle à une époque où les secrets d'affaires sont de plus en plus étroitement liés numériquement les uns aux autres, précisant que l'OMPI pourrait effectivement assurer une telle norme à l'aide d'une ou plusieurs technologies.

Le service d'horodatage numérique de l'OMPI

122. Concernant la preuve de l'existence d'un secret d'affaires, M. Takagi a mentionné "WIPO Proof", un nouveau service d'horodatage numérique que l'OMPI lancera au printemps prochain. Il permettra aux utilisateurs du service de prouver l'existence du contenu numérique. Même s'il n'apportera pas automatiquement la preuve de la propriété de ce fichier numérique, il établira sa création à un moment donné. Personne ne pourra altérer ni modifier le fichier, a précisé M. Takagi.

La technologie numérique, principal élément de rupture et allié

123. Considérant l'avenir de la protection des secrets d'affaires, M. Jacques de Werra, professeur à l'Université de Genève, a mis l'accent sur les données et sur les quatre principaux défis qui s'y rapportent : la disponibilité des données, la vulnérabilité des données, la mobilité ou la portabilité des données et la transparence des données.

124. En ce qui concerne la disponibilité des données, la possibilité qu'offrent les nouvelles technologies de collecter massivement des données soulève une question fondamentale sur l'existence du secret et la notion de secret. Dans une affaire jugée en 2010 aux États-Unis d'Amérique, le tribunal a estimé que l'information n'était en fait pas secrète puisqu'elle était disponible en ligne. La plupart des règles sur la protection des secrets d'affaires requièrent la mise en place de mesures de protection raisonnables du secret, mais à une époque où les menaces numériques sont omniprésentes, M. de Werra s'est interrogé sur ce qu'il faut entendre par "mesures raisonnables", et sur la question de la vulnérabilité des données. La question se complique encore dans le contexte des multiples normes et réglementations en vigueur dans les différents ressorts juridiques.

125. Toutefois, la technologie pourrait aussi devenir une alliée dans la protection des secrets d'affaires, a-t-il ajouté. Elle pourrait faciliter le recensement et la protection des secrets d'affaires, par exemple en les enregistrant dans des systèmes semblables à des chaînes de blocs avec un horodatage et le recours à des contrats intelligents.

126. La mobilité et la portabilité des données, qui permettent de transférer des données d'un fournisseur à un autre, est un sujet majeur, a déclaré M. de Werra. La dernière question, celle de la transparence des données et de la tension entre celle-ci et la protection des secrets d'affaires, fait également débat, par exemple dans le contexte de la transparence des algorithmes et des données cliniques soumises pour les demandes d'autorisation de mise sur le marché. Les données privées pouvant faire partie des secrets d'affaires d'une entreprise, il est important de trouver un moyen d'équilibrer les droits concurrents, a déclaré M. de Werra.

127. Évoquant l'avenir, M. de Werra a mentionné la nécessité d'adapter les normes juridiques relatives à la protection des secrets d'affaires dans le contexte de leur application aux nouvelles technologies du numérique, et de trouver un moyen de rendre la protection des secrets d'affaires applicable en recourant à des dispositifs de règlement des litiges créatifs (règlement extrajudiciaire des litiges).

Intelligence artificielle et partage des données

128. Pour faire suite à la discussion sur l'importance des données, M. Takagi a observé que les politiques nationales concernant la propriété des données ou la localisation des données pourraient avoir une incidence plus générale sur la protection des secrets d'affaires et les politiques en matière de données. Nos économies, a-t-il déclaré, sont de plus en plus axées sur les données, et il convient de tenir dûment compte des politiques en matière de données afin d'établir des règles du jeu équitables pour les entreprises par-delà les frontières. Ce point revêt une importance particulière s'agissant de l'intelligence artificielle, car les données sont utilisées pour entraîner les algorithmes. Il semble que personne ne dispose de suffisamment de données et que certains partenariats de partage des données soient d'ores et déjà en train de se mettre en place, a-t-il ajouté.

129. M. de Werra a déclaré que tout accord de partage des données devait préciser les conditions dans lesquelles les données pouvaient être utilisées. Puisqu'il se pourrait que les fournisseurs de données ne soient pas intéressés par le contrôle des données, mais cherchent plutôt à obtenir une rétribution pour leur utilisation, il pourrait être approprié de concevoir de nouvelles approches afin de favoriser le partage des données.

130. M. Ganguli a présenté des informations sur la bibliothèque numérique nationale de l'Inde. Il a expliqué qu'il s'agissait d'une plateforme numérique regroupant divers centres d'information à travers l'Inde et reliant toutes les bibliothèques du pays, y compris les musées et les services d'archives. Les métadonnées sont communiquées par chaque source, conservées, certifiées et horodatées. Le partage des métadonnées est subordonné à un accord, c'est-à-dire que la bibliothèque numérique nationale de l'Inde n'est pas propriétaire des données. Ce système pourrait servir de modèle pour la gestion d'autres données numériques, a-t-il déclaré.

131. En conclusion, M. Takagi a relevé que les idées avancées par les experts ayant participé à ce débat sur l'avenir de la protection des secrets d'affaires semblaient se regrouper autour des thèmes suivants : i) un cadre juridique hybride pour faire face aux nouveaux besoins; ii) des mesures concrètes permettant d'établir la preuve; iii) une élaboration créative de procédures de règlement judiciaire et extrajudiciaire des litiges; et iv) la coordination des politiques en matière de partage ou de mise en commun des données.

Allocution de clôture

132. M. John Sandage, vice-directeur général, a prononcé l'allocution de clôture au nom du Directeur général. Il a remercié tous les intervenants et les participants venus débattre et partager leurs connaissances et données d'expérience sur la question des secrets d'affaires. Il a déclaré que le colloque avait eu lieu à un moment opportun et avait permis d'aborder un large éventail de questions relatives à la relation entre les secrets d'affaires et l'innovation, notamment la politique, le droit, l'économie et les affaires. Il avait aussi permis de réfléchir aux nouveaux défis et aux nouvelles possibilités qui se présentent en matière de protection des secrets d'affaires, tant pour les grandes que pour les petites entreprises, et en particulier à l'incidence potentielle des nouvelles technologies sur l'intégration des secrets d'affaires dans l'écosystème de l'innovation moderne.

133. Il a souligné que le colloque avait permis d'échanger des informations sur la protection des secrets d'affaires. Les informations fournies par les professionnels, les universitaires, les décideurs politiques et les autres parties prenantes au cours de ce colloque étaient très utiles, a-t-il observé. M. Sandage espérait que les participants y avaient trouvé des informations enrichissantes qui les aideraient à faire le point sur leurs propres approches en matière de secrets d'affaires et de protection des secrets d'affaires.

134. Il a conclu que ce premier débat sur le thème des secrets d'affaires à l'OMPI ne serait pas le dernier et que le colloque ouvrait la voie à une réflexion plus approfondie sur ce thème.

[Fin du document]