



Sommaire

Editorial	P.1
Focus	P.2
Veille	P.5
A la barre	P.5
Lu, vu, entendu	P.7
A vrai lire	P.9

FOCUS

Après le vote en première lecture par l'Assemblée nationale de la proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires :

P.2

A LA BARRE

- Le Conseil d'Etat se penche sur le secret des affaires
 - Affaire J.M. WESTON : à l'est du nouveau !
 - Canal + / Bruno Gaccio
 - En marge de l'affaire Bettencourt
 - Droit de la presse
 - Des propos injurieux sur Facebook ne constituent pas un motif de licenciement
 - Contrefaçon reconnue par la Justice, même si le brevet est annulé postérieurement
- P.5

EDITORIAL

Violation du secret des affaires :

On ne peut sincèrement que se réjouir de voir actuellement émerger un véritable projet législatif prétendant donner corps au droit du secret des affaires et, par extension, au droit de l'intelligence économique.

Ces travaux parlementaires traduisent de toute évidence une prise de conscience salutaire et désormais affirmée, accompagnée d'une démarche volontariste du gouvernement, pour la défense des savoir-faire et du potentiel économique français.

En ce sens, cette proposition de rédaction concourt de toute évidence à cette œuvre de sécurité juridique des secrets de l'entreprise, se proposant d'offrir une définition légale des secrets d'affaires – qui faisait jusqu'à présent défaut dans le droit positif français - et réprimant leur divulgation.

Avant ce texte imprimant les contours juridiques de cette expression, ce ne sont pas moins de 151 références au secret des affaires qui étaient intégrés dans les Codes, lois et règlements du droit positif français, sans étalon. La proposition de loi tend ainsi à combler ce vide criant.

A notre grande satisfaction, pour en avoir été un

artisan dûment associé à son élaboration, cette définition rejoint en cela celle de l'article 39.2 du Traité ADPIC qui demeure, à ce jour, et à défaut de toute autre référence, le seul texte de valeur internationale qui retient des renseignements secrets, commercialement valorisables, et protégés. Elle se rapproche également de la définition issue du règlement CE n°772/2004 du 27 avril 2004.

Cette adoption en première lecture, après insertion de deux amendements particulièrement significatifs (délit inséré sous le titre 3 et non le titre 2 du Code pénal consacrant l'atteinte aux biens et faisant ainsi de l'information protégée un objet juridiquement identifié et quantum de la peine aligné sur celui de l'abus de confiance soit 3 ans de prison et 375.000 € d'amende), n'est encore qu'une demi-victoire. Souhaitons que ce texte non partisan voie enfin le jour sous l'impulsion du nouveau gouvernement désormais.

Pour l'heure, nous laissons Bernard CARAYON s'exprimer sur sa proposition de loi.

Par Olivier de MAISON ROUGE
Docteur en droit, Avocat LEXYLIS.
Membre du comité scientifique de l'Institut de l'IE.
Membre de la commission «Secrets d'affaires» de l'AIPPI.



INSTITUT DE L'IE

Institut international d'intelligence économique et stratégique
International Institute for competitive and strategic intelligence

www.institut-ie.fr

Secret des Affaires

Par Bernard Carayon, rapporteur de la proposition de loi

Protéger le secret des affaires : un enjeu national.

François Mitterrand, dans sa Lettre à tous les Français, évoquait, en avril 1988, la « guerre économique mondiale », soulignant que « l'économie mondiale » n'est qu'un « champ de bataille où les entreprises se livrent une guerre sans merci », où la guerre est « totale et générale » et le « relâchement ne pardonne pas ». Ce constat est plus vrai que jamais, dans une économie mondialisée, dont le caractère conflictuel a été accru par l'exacerbation de la concurrence entraînée par la crise, et où le patrimoine des entreprises prend de plus en plus la forme d'informations dématérialisées, faciles à dérober.

Dans ce contexte, je tiens à souligner à quel point ce sujet n'est pas un enjeu partisan : c'est une question d'intérêt national. Et je me réjouis, à ce titre, car protéger le secret des affaires, c'est protéger des emplois, des technologies sensibles, des investissements, et lutter contre la désindustrialisation. Certains pays l'ont bien compris : aux États-Unis, la loi sur l'espionnage économique (Economic Espionage Act) de 1996 est issue d'une initiative bipartisane, présentée par un représentant républicain et deux représentants démocrates, de même que la proposition de loi adoptée le 8 décembre dernier par la commission des Lois du Sénat américain (Judiciary Committee), qui vise à renforcer cette loi, en portant les sanctions de 15 à 20 ans. Il serait heureux qu'il en soit de même en France. Le soutien apporté par mon collègue Jean-Michel Boucheron, ancien président (PS) de la commission de la défense, à ce texte

ainsi que le vote à l'unanimité de la commission des lois de l'Assemblée nationale constituent un signe encourageant à cet égard. J'espère qu'il sera suivi de nombreux autres!

I. LA PRESENTE PROPOSITION DE LOI VISE A COMBLER UNE LACUNE DE NOTRE DROIT. EN EFFET, FACE A LA MULTIPLICATION DES ATTEINTES AU SECRET DES AFFAIRES, L'ARSENAL JURIDIQUE EST INADAPTE.

1. Les violations au secret des affaires se sont multipliées au cours des dernières années. Quelques affaires fortement médiatisées l'ont illustré : en 2005, une étudiante de nationalité chinoise ayant effectué un stage au sein de l'équipementier Valeo a exporté plusieurs fichiers informatiques confidentiels de cette société sur son disque dur personnel. En 2007, un ancien ingénieur de Michelin, qui travaillait dans un centre de recherche classé «établissement à régime restrictif», a collecté un nombre considérable d'informations confidentielles et a cherché à les vendre à des entreprises étrangères, concurrentes de Michelin. Ces exemples ne constituent que la «partie émergée de l'iceberg». En effet, dans de nombreux cas, les entreprises préfèrent ne pas porter plainte, pour ne pas ébruiter l'attaque dont elles ont été victimes. Dans d'autres, le parquet décide de ne pas poursuivre, parce que l'atteinte en cause ne pourrait être réprimée par les infractions existantes, dont les éléments constitutifs ne sont pas réunis.

Selon les services de l'État, le nombre

de ces attaques est en forte croissance, et s'élèverait à environ 1 000 par an, dont le quart constitue des atteintes au secret des affaires. Les secteurs les plus touchés sont l'aéronautique, la filière de l'énergie nucléaire, les laboratoires de recherche, le secteur automobile et la sidérurgie. Le préjudice économique causé est quasiment impossible à évaluer avec précision. Pour donner un ordre de grandeur, aux États-Unis, la justice américaine a condamné un concurrent coréen du groupe DuPont de Nemours à verser à ce dernier 920 millions de dollars pour lui avoir dérobé des secrets d'affaires relatifs à la fibre d'aramide (Kevlar) !

2. L'arsenal juridique français ne permet pas de réprimer efficacement ces violations du secret des affaires. D'abord, parce que ni les textes, qu'ils soient législatifs ou réglementaires, ni la jurisprudence, qu'elle soit judiciaire ou administrative, ne définissent ce qu'est le secret des affaires. L'expression est employée fréquemment, dans plusieurs codes (commerce, consommation, postes et communications électroniques), mais jamais définie.

Ensuite, parce que les infractions existantes, potentiellement applicables, sont inadaptées. Le vol, par exemple, ne peut être appliqué à un bien immatériel : l'art. 311-1 du code pénal emploie le terme « chose », il ne peut donc porter, en dépit des efforts de la Cour de cassation, sur une information. L'abus de confiance a permis certaines condamnations (affaires Valeo et Michelin), car il peut être appliqué à tout « bien quelconque »,

mais une « remise préalable », donc un lien contractuel en l'espèce, est requise : c'est loin d'être toujours le cas. Le secret professionnel ne concerne qu'un nombre limité de professions, et que la révélation de faits appris dans l'exercice de l'activité professionnelle. La révélation de secrets de fabrique ne concerne que les salariés et les directeurs, et seuls sont visés les procédés de fabrication industriels. Les exemples pourraient être multipliés : les infractions applicables sont très nombreuses, mais elles ne permettent pas de répondre efficacement au phénomène. Le projet de rapport fournit une analyse détaillée de ces limites.

Il existe, par ailleurs, des actions civiles en réparation du dommage, fondées sur l'article 1382 du code civil et sur la concurrence déloyale. Elles sont utiles, mais insuffisantes, car elles n'exercent pas d'effet dissuasif : il s'agit de réparer, pas de prévenir ; or, ce que veulent les entreprises, c'est éviter le préjudice. Préjudice qui, une fois réalisé, est difficile à évaluer, car il s'agit souvent d'une perte de chance ou d'un avantage concurrentiel.

II. CE TEXTE VISE A COMBLER CETTE LACUNE, AFIN D'ASSURER LA SECURITE ECONOMIQUE DES ENTREPRISES.

1. Il s'inspire du droit international et européen, qui est très protecteur du secret des affaires. En droit international, le secret des affaires est protégé par l'article 39 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (dit accord ADPIC), annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), signé à Marrakech le 15 avril 1994. Ce texte définit le secret des affaires et impose aux États parties, dont la France évidemment, de le protéger. La proposition de loi répond ainsi à une obligation internationale. Le droit de l'Union européenne est également très protecteur : le secret

des affaires y est protégé au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, par les traités eux-mêmes (article 339 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

2. La proposition s'inspire également des législations équivalentes de nos partenaires. Elles sont présentées en détail dans le rapport. J'ai déjà cité la loi américaine sur l'espionnage économique de 1996, qui prévoit des peines très élevées (15 ans et 500 000 dollars d'amende), qui seront peut-être augmentées prochainement. Je me suis également inspiré, en Europe, des législations allemande, autrichienne et italienne.

3. Le texte est l'aboutissement d'un long travail de réflexion et de maturation, entamé depuis 2003, avec la remise d'un rapport au Premier Ministre sur l'intelligence économique. Il est le fruit sur ce thème, comme sur l'ensemble de ceux qui constituent la trame de la politique publique d'intelligence économique, de plus de 1 500 auditions, sur huit ans. Il tient également compte des travaux préparatoires menés sur le sujet par le Gouvernement depuis 2009 (deux groupes de travail ayant été créés), ainsi que de l'expertise juridique du Conseil d'État, consulté cette année par le Gouvernement sur les principes devant guider l'adoption d'une législation dans ce domaine.

Il comporte trois volets.

- Le premier volet, pédagogique et préventif, vise à renforcer la prise de conscience, par les entreprises, des menaces existantes et à les inciter – sans obligation – à entreprendre une démarche visant à protéger leurs informations. La définition qu'il est proposé d'inscrire à l'article 226-15-1 du code pénal est précise et circonscrite. Elle repose sur la combinaison de cinq critères cumulatifs :

1) une liste des biens susceptibles d'être couverts par le

secret des affaires ;

2) la nature des informations, qui peut être « commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique » ;

3) le caractère confidentiel des informations ;

4) le fait que la divulgation non autorisée de ces informations serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise, en portant atteinte à son potentiel scientifique ou technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle : cette liste correspond strictement aux recommandations du Conseil d'État, d'après les éléments qui m'ont été transmis ;

5) les mesures de protection spécifiques dont ces informations ont fait l'objet, qui sont destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci. Ces mesures seront prises après une information préalable du personnel et déterminées par un décret en Conseil d'État, ce qui constitue une garantie supplémentaire, indispensable dès lors que ces mesures font partie des éléments constitutifs d'une infraction pénale. Concrètement, elles devraient inclure, par exemple, l'établissement d'une liste des personnes autorisées à prendre connaissance des informations, un stockage des documents papiers dans des coffres ou des locaux sécurisés, la mise en place de dispositifs de cryptage et de codes d'accès, etc. Il conviendra qu'elles ne créent pas une lourdeur excessive pour les entreprises concernées.

La précision de cette définition en assure la conformité au principe de légalité des délits et des peines. J'ai été particulièrement vigilant sur ce point. Les éléments retenus correspondent aux recommandations du Conseil d'État. J'ai également consulté un pénaliste, le Professeur Didier Rebut, de l'Université Panthéon-Assas, qui me

l'a confirmé.

- Le deuxième volet est la création du délit de violation du secret des affaires, qui figurera à l'article 226-15-2 du code pénal. L'infraction est précisément définie. L'élément matériel consiste dans la révélation d'une information protégée relevant du secret des affaires. La révélation est une notion déjà employée à plusieurs reprises dans le code pénal et encadrée par la jurisprudence. La tentative ne sera pas incriminée. Seules les personnes dépositaires de l'information, ou les personnes en ayant eu connaissance ainsi que des mesures de protection qui l'entourent pourront être sanctionnées : il s'agit d'une infraction intentionnelle, ne pouvant être commise par imprudence.

D'importantes garanties sont prévues :

--> ce n'est en aucun cas l'entreprise qui déterminera le champ de l'infraction : l'adoption de mesures de protection n'est en effet qu'un critère, certes indispensable, mais secondaire. Elle ne suffira pas à conférer la nature d'informations protégées à l'information en cause. Il n'en sera ainsi que si toutes les autres conditions sont réunies, et c'est le juge pénal, et lui seul, qui sera compétent sur ce point. C'est un élément clé selon l'avis du Conseil d'État ;

--> le secret des affaires sera inopposable à la justice (à la différence du secret de la défense nationale) [article 226-15-3, 1°], de même qu'aux autorités administratives dans l'exercice de leur mission de surveillance, de contrôle ou de sanction (ce qui inclut notamment les services de police, de douane, de renseignement, et les autorités administratives indépendantes) [article 226-15-3, 4°] ;

--> trois faits justificatifs sont prévus : aucune sanction n'est applicable si la divulgation répond à un ordre ou à une permission de la loi, à la dénonciation de faits susceptibles de constituer une infraction ou un manquement, ou si le juge a ordonné ou autorisé la production de la pièce concernée

[article 226-15-3, 2°, 4° et premier alinéa].

--> aucune sanction disciplinaire ne pourra être prononcée en cas de signalement aux autorités compétentes dans ces conditions. Pour illustrer l'importance de ces garanties: un salarié d'une entreprise qui dénoncerait des pratiques contraires au code de la santé publique, par exemple – est-il besoin de nommer les entreprises auxquelles je songe ? – n'encourrait donc aucune sanction, ni pénale, ni disciplinaire, même si l'entreprise considérait que le procédé de fabrication de ses prothèses médicales, par exemple, relevait du secret des affaires.

Les peines prévues dans le texte initial que j'ai déposé sont celles prévues en cas de violation du secret professionnel: un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Tous les praticiens que j'ai auditionnés ayant souligné le caractère insuffisant de ces peines et préconisé leur alignement sur celles prévues en cas d'abus de confiance (3 ans et 375 000 euros), j'ai déposé un amendement procédant à cette modification.

- Le troisième volet est la réforme de la loi dite « de blocage ». Cette loi, oubliée et méconnue de beaucoup, est la loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques morales ou étrangères, telle que modifiée par la loi du 16 juillet 1980. Elle est appelée « loi de blocage », parce que son objectif était, lors de son adoption, de fournir une excuse légale aux entreprises françaises confrontées à des demandes d'informations émanant d'autorités étrangères et d'obliger ces dernières à faire usage des canaux de coopération judiciaire prévus par la Convention de La Haye du 18 mars 1970. Étaient visées, en particulier, les procédures dites de « discovery » américaines, qui ont trop souvent pour objet d'aller à la « pêche » à la preuve et aux informations confidentielles

détenues par nos entreprises.

Cet objectif n'a pas été atteint, et cette loi est inefficace et obsolète. Les juridictions américaines – les principales visées – et britanniques ont en effet jugé que cette loi ne pouvait faire obstacle à ces procédures, le risque pénal invoqué par les entreprises françaises n'étant pas réel. La jurisprudence américaine, établie dans une décision de la Cour suprême Aérospatiale de 1987, est très claire sur ce point. Cette position de la justice américaine n'est pas dénuée de tout fondement, il faut bien le reconnaître : en plus de 30 ans d'existence, cette loi n'a conduit qu'à une seule condamnation pénale, en 2007 ! Son champ d'application est trop large et insuffisamment précis, car elle interdit la communication de tout renseignement d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives.

La réforme proposée aux articles 226-15-4 et 226-15-5 [nouveaux] du code pénal vise à refonder cette « loi de blocage », en ce qui concerne son article 1er bis. Cet article serait abrogé et remplacé par une disposition nouvelle, assez proche de la rédaction actuelle, mais recentrée sur les seules informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise. Cette rénovation redonnerait une crédibilité à ce dispositif, en démontrant l'importance que les pouvoirs publics lui accorde, d'une part, et en resserrant le dispositif, autour des seules informations méritant réellement d'être protégées, d'autre part.

L'enjeu est bien, comme l'ensemble de ce texte, de permettre à notre pays de lutter à armes égales dans la compétition internationale.

Bernard CARAYON

Sur tout les fronts de la Guerre Economique

Veille

La nouvelle loi sur les certificats d'obtention végétale.

La loi n°2011-1843 du 8 décembre 2011 (JORF du 10 décembre 2011), a récemment modifié le régime des certificats d'obtention végétale pour mise en conformité avec la convention UPOV, lesquels demeurent définis par l'article L. 623-4, I du Code de la propriété intellectuelle: « confère à son titulaire un droit exclusif de produire, reproduire, conditionner aux fins de la reproduction ou de la multiplication, offrir à la vente, vendre ou commercialiser sous toute autre forme, exporter, importer ou détenir à l'une de ces fins du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée ».

Dans Info semences, n°9, de février 2012, Claude TABEL, Président de la Commission Propriété Intellectuelle de L'union Française des Semenciers sur les nouveaux COV déclare que « Ce dispositif rétablit ainsi une certaine équité entre semences certifiées et semences de ferme qui, toutes deux, vont contribuer au financement des activités de recherche. Un autre volet de la loi est l'introduction du concept de variété essentiellement dérivée qui assure une meilleure protection de l'obtenteur contre le simple plagiat. Elle permet aussi à la France d'être en conformité avec la convention internationale, que la France elle-même a voté en 1991, et nous met en règle avec la législation européenne. »

A lire également sur le sujet : BOUCHE N. « Une belle plante à floraison tardive. La nouvelle loi relative aux certificats d'obtention végétale. » in revue Propriété Industrielle n°1, janvier 2012.

Source : loi n°2011-1843 du 8 décembre 2011

Installation du CNAPS :

La loi LOPSSI 2 avait institué un Conseil National des activités privées de sécurité (en abrégé CNAPS), désormais installé, lequel « Loin d'être un de ces comités Théodule que l'on crée pour enterrer un problème, (...) entend moraliser de fond en comble un secteur stratégique en pleine croissance et qui emploie 165.000 personnes. Outre les vigiles, cette haute autorité va s'intéresser de près aux agents de recherches privés, aux gardiens d'immeubles et de parkings, aux convoyeurs, aux maîtres-chiens, aux opérateurs de vidéosurveillance ou encore aux agents de sûreté dans les aéroports. (...) Composée de 215 experts assermentés placés sous la direction générale du préfet Jean-Yves Latournerie et sous la présidence annoncée du criminologue Alain Bauer, le Cnaps va orchestrer une mission de police

administrative, en délivrant de nouveaux agréments, des autorisations d'exercer et des numéros de cartes professionnelles aux cadres dirigeants, aux gérants ainsi qu'aux salariés. Par ailleurs, code de déontologie en poche, les nouveaux gendarmes de la sécurité privée vont multiplier les « descentes » sur le terrain afin de débusquer dans le maquis des microstructures les travailleurs non déclarés qui gangrènent le milieu et représentent un gros manque à gagner pour l'État. ».

En vue de financer et de contrôler cette nouvelle structure, une « taxe sécurité » a été instituée, mais a engendré corrélativement une levée de boucliers chez certains (La Lettre A, n°1535, 24 février 2012, Imbroglia sur la taxe sécurité, p.2).

Source : Le Figaro du 08/01/2012

A LA BARRE

Le Conseil d'Etat se penche sur le secret des affaires

Contrairement à ce que laisse penser le titre retenu, la juridiction administrative n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la proposition de loi de Bernard Carayon, mais a été saisi par Jean-Luc Mélenchon, candidat à l'élection présidentielle. Le recours introduit par ce dernier visait à contester les travaux de recueil et d'analyse d'opinions de la société Harris Interactive. Mécontent des résultats publiés et notamment du score qui lui était attribué, le Président du Parti de Gauche (PDG) introduisait devant la Commission des sondages un recours pour se faire communiquer les méthodes de l'institut de sondages.

Le Conseil d'Etat a estimé : « M. MELENCHON soutient que la commission des sondages aurait commis une erreur d'appréciation en refusant de lui communiquer l'ensemble des informations sur la base desquelles le sondage du 7 septembre 2011 a été publié ainsi que tous les détails de la méthode de redressement utilisée pour corriger les résultats du sondage le concernant (...) la communication de ces documents, qui, lorsqu'ils sont en possession de la commission, sont, en vertu de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 et dès lors qu'ils sont reçus par la commission dans le cadre de ses missions de service public, des documents administratifs communicables sous réserve des secrets protégés par la loi et notamment du secret des affaires, est régie par les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 ; qu'en tout état de cause, en l'espèce, le refus opposé par la commission des sondages, qui a d'ailleurs partiellement répondu à la demande de M. MELENCHON, ne saurait être utilement contesté,

dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la commission aurait eu en sa possession d'autres documents que ceux qu'elle a communiqués au requérant et qu'il ne lui appartenait pas de procéder à des recherches complémentaires pour satisfaire cette demande ».

Ce faisant, la juridiction administrative reconnaît aux entreprises le droit d'opposer le secret des affaires concernant leurs pratiques.

Source : CE, 8 fév. 2012, M. Mélenchon, n°353357

Affaire J.M. WESTON : à l'est du nouveau!

La Cour de Canton a rendu une décision en date du 29 septembre 2011, sanctionnant, à la demande de J.M. WESTON, un producteur local ayant été reconnu coupable d'avoir contrefait (sur saisie en date du 7 décembre 2010) plus de 3.700 paires de chaussures, pour une valeur estimée à environ 1.800.000 euros. Les prévenus ont été condamnés à une peine de 3 ans d'emprisonnement (outre 4 ans de mise à l'épreuve) et des amendes de 30.000 euros et 22.000 euros. Les marchandises contrefaites ont été détruites, ainsi que les moules.

Contrairement aux fausses idées reçues sur le sujet, la Chine dispose d'une législation relative à la propriété intellectuelle et l'applique, en témoigne ce jugement.

Source : communiqué UNIFAB - 15 décembre 2011

Canal + / Bruno Gaccio

Dans cette affaire retentissante opposant la chaîne cryptée à l'ex-auteur des Guignols, aux termes du jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Paris, en date du 1er décembre 2011, Canal + a été relaxée en qualité de personne morale. L'humoriste avait porté plainte, estimant qu'il avait été espionné à son insu. En revanche, les anciens responsables du service de sécurité de Canal + ont pour leur part été condamnés pour atteinte à la vie privée (article 226-1 du Code pénal) pour avoir ordonné l'interception des courriers électroniques, pour avoir étudié ses factures de téléphone et pour avoir violé son domicile. Le premier a été condamné à 15 mois de prison avec sursis et 10.000 euros d'amende, le second à un an de prison avec et le même montant, outre une réparation financière du préjudice de la victime moyennant la somme de 36.000 euros de dommages et intérêts. Canal + a été relaxée dès lors qu'il n'avait pas été démontré que ses dirigeants avaient donné l'ordre à ses salariés d'espionner l'auteur, d'une part, et que l'intitulé de la mission de ses salariés permettaient à ces derniers de prendre des initiatives de cette nature en dehors de tout lien

de subordination.

Source : Jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 1er déc. 2011

En marge de l'affaire Bettencourt : la diffusion de propos confidentiels porte atteinte à l'intimité de la vie privée

Si, dans ces deux espèces, la décision ne révolutionne pas le droit positif, elle a néanmoins le grand mérite de rappeler clairement la règle applicable.

S'agissant des faits, des enregistrements de propos tenus en privé, ayant trait à la gestion de fortune de Mme Bettencourt et à des comptes bancaires secrets détenus en Suisse, ont été effectués à l'insu de son auteur par l'ancien maître d'hôtel de la maison, puis publiés sous forme écrite et numérique (Internet) par deux médias nationaux, la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation estime, faisant une interprétation large du texte (articles 226-1 et 226-2 du Code pénal et 809 du Code de procédure civile), qu'un tel agissement porte « atteinte à l'intimité de la vie privée », laquelle « ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ».

Ces arrêts visent Le Point, d'une part, et Médiapart, d'autre part, qui avaient diffusé des extraits de ces conversations privées. Ce faisant, la Cour de cassation statuant en droit, casse et annule les arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris du 23 juillet 2010, laquelle juridiction avait estimé, en regard de la liberté de la presse, que les médias dans leur devoir d'information, n'avaient pas violé l'intimité de la vie privée.

Nous restons dans l'éternel débat de fond entre respect de la vie privée et droit à l'information, aujourd'hui accentué par les principes de protection de la sphère privée mais aussi de transparence, d'ores et déjà consacrés, et d'information du public. Relevons toutefois que le respect de la vie privée, devant les tribunaux, est certes reconnue aux personnes physiques, mais bien peu aux personnes morales, notamment en ce qui concerne leurs secrets d'affaires ...

Sources : Cass. 1e civ., 6 oct. 2011, pourvois n°10-21.822 et n°10-21.823

Droit de la presse : les propos de blogueurs sont juridiquement assimilés à celui des journalistes

N'en déplaise à ces derniers, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2011, reconnaît aux blogueurs la possibilité de se ranger derrière le droit de la presse institué par

la loi du 29 juillet 1881. Ainsi, la juridiction suprême a cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2010 qui avait condamné un blogueur pour des lignes écrites sur son journal diffamant un élu. La juridiction de second degré avait estimé que les propos querellés étaient de nature à causer un préjudice à la personne visée, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (responsabilité délictuelle).

La Cour de cassation, déclare l'action prescrite en application de la loi du 29 juillet 1881 réprimant notamment les abus de la liberté d'expression.

En d'autres termes : l'influence – négative – sur un blog peut être sanctionnée, mais dans un bref délai.

Source : Cass. 1e civ., 6 oct. 2011, pourvoi n°10-18.142

Des propos injurieux sur Facebook ne constituent pas un motif de licenciement

Considérant que « des propos diffamatoires ou injurieux tenus par un salarié à l'encontre de l'employeur ne constituant pas un événement irrésistible ou insurmontable faisant obstacle à la poursuite du contrat, cette rupture ne procède pas non plus d'un cas de force majeure (...) faute pour l'employeur d'avoir allégué un des motifs de résiliation prévu à l'article L. 1243-1 du Code du travail (...) il convient de dire que la rupture du contrat est abusive. »

En l'espèce, il s'agissait d'un CDD. Ce faisant, la cour d'appel s'en tient strictement à l'énonciation visée par l'article cité, à savoir qu'un contrat de cette nature ne peut être rompu en cours d'exécution que pour faute grave ou force majeure.

Ainsi, selon les conseillers, l'injure, comme la diffamation, ne constituent pas une faute grave.

Source : CA Douai, 16 déc. 2011, n° RG 10/02317

Contrefaçon reconnue par la Justice, même si le brevet est annulé postérieurement

Il est acquis que seuls les droits de propriété intellectuelle sont protégés par la contrefaçon. Ainsi, en principe, faut-il disposer d'un droit privatif de cette nature pour arguer d'un acte contrefaisant, à défaut il faudra agir sur le fondement de la concurrence déloyale. Qu'en est-il toutefois quand le droit privatif invoqué est annulé postérieurement et rétroactivement ?

Dans cette espèce, le contrefacteur avait été condamné pour avoir fait usage du brevet d'un tiers. Ce droit d'invention a ensuite été annulé, ce qui autorisait le contrefacteur à saisir les tribunaux en vue de voir anéantir la décision l'ayant condamné

à verser des dommages et intérêts au titre de la contrefaçon indûment constatée et sanctionnée.

En première instance, en appel, puis devant la Cour de cassation, sa demande a été rejetée, au motif que ces décisions étaient devenues définitives, passées en « autorité de la chose jugée », ne permettant pas de voir invalider ces décisions juridictionnelles.

Source : Cass. Ass. Plén., 17 févr. 2012, n°10-24.282

LU, VU, ENTENDU

Rapport annuel 2010 de l'Autorité de la Concurrence (AdIC)

Rappelons tout d'abord que cette institution est une autorité administrative indépendante, au même titre que la HALDE, le CSA, la CNIL, HADOPI ... chargée de veiller, en ce qui la concerne, au respect de la libre concurrence entre les entreprises. Initialement, cette autorité, qui se nommait « Conseil de la concurrence », avait été instituée en 1986. Depuis la loi de modernisation de l'économie (dite loi « LME ») du 4 août 2008, le législateur a un peu plus renforcé cette institution en la dotant de pouvoirs de sanctions, mais aussi d'injonction et d'enquête. Elle est chargée d'analyser tous les projets de concentration dès que le chiffre d'affaires mondial cumulé de l'ensemble des entreprises visées par la fusion dépasse 150 millions d'euros et que le chiffre d'affaires pour la France est supérieur à 50 millions d'euros. Cette institution est dotée de pouvoirs juridictionnels et il n'est donc pas rare de la voir infliger des amendes financières substantielles pour des faits d'ententes ayant concouru à fausser les règles de la libre concurrence. A ce titre, elle examine les pratiques économiques pouvant donner lieu à des abus de position dominante ou des ententes illicites. En application de l'article L. 462-5 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence (AdIC) peut être saisie de trois manières :

- par le ministre chargé de l'Economie,
- par auto saisine,
- par une entreprise estimant ses intérêts lésés.

Au titre des missions de l'AdIC, dont cette institution a rendu public ses travaux au titre de l'année 2010, il convient dès à présent de noter que celle-ci, dans le cadre de ses nouvelles attributions conférées par la loi LME, a eu l'occasion de s'autosaisir à trois reprises, afin d'émettre des avis portant sur les activités de jeux et paris en ligne récemment ouverts à la concurrence, d'une part, et sur le secteur de la distribution alimentaire, d'autre part.

En définitive, sur l'année 2010, l'AdIC a rendu 34 avis, 198 décisions de contrôle des concentrations et 39 décisions au fond sur les pratiques anticoncurrentielles. S'agissant des concentrations, retenons encore que 213 opérations ont été

signifiées à l'Autorité au cours de l'année 2010, contre 115 enregistrées en 2009. Sur ces 213 demandes, 185 décisions d'autorisation ont été émises sans réserve, et 7 sous conditions.

Il n'est pas neutre de rappeler que la théorie juridique des « secrets d'affaires » est largement embrassée devant l'AdIC, de nombreux textes du Code de commerce relatifs à l'instruction des dossiers devant cette institution visant expressément cette notion, qu'elle consacre notamment dans le cadre de leur protection quant à leur administration.

Source : Rapport annuel 2010 de l'Autorité de la Concurrence – présenté le 4 juillet 2011

Brevets : l'innovation française n'est pas en reste sur l'année 2011

A l'instar de la croissance économique enregistrée sur l'année 2011 plus importante que prévue initialement, l'innovation semble s'être accrue sur la même période. A juste titre, et ce davantage durant la crise, il convient de poursuivre et d'accentuer les travaux de R&D pour mieux se projeter au-delà de la stagnation économique et a contrario conquérir de nouveaux espaces industriels et commerciaux.

Cela s'est traduit par une hausse effective du nombre de dépôts de brevets, suite à une augmentation précédemment enregistrée en 2010 (Cf. BSA n°0), de l'ordre de 1,7%, soit 12.619 brevets déposés.

Parallèlement, l'INPI constate une baisse des dépôts de marques.

Source : INPI communiqué du 15/02/2012

Hausse des demandes internationale de brevet

Dans la même veine, en dépit d'un contexte économique mondial dégradé, au niveau international l'OMPI a enregistré 181.900 dépôts de demandes de brevets au titre de l'année 2011, soit une augmentation de 10,7% par rapport à l'année précédente.

En tête des pays demandeurs de brevets : les Etats-Unis, le Japon et la Chine. La France se place au 6ème rang mondial (7.664 demandes déposées).

Une entreprise chinoise détient à elle seule le record de premier déposant mondial avec 2.826 demandes formulées en son nom : la société d'équipements de télécommunications et de solutions pour réseaux ZTE Corporation.

Source : OMPI communiqué du 5 mars 2011

Brevets : l'innovation française n'est pas en reste sur l'année 2011

A l'instar de la croissance économique enregistrée

sur l'année 2011 plus importante que prévue initialement, l'innovation semble s'être accrue sur la même période. A juste titre, et ce davantage durant la crise, il convient de poursuivre et d'accentuer les travaux de R&D pour mieux se projeter au-delà de la stagnation économique et a contrario conquérir de nouveaux espaces industriels et commerciaux.

Cela s'est traduit par une hausse effective du nombre de dépôts de brevets, suite à une augmentation précédemment enregistrée en 2010 (Cf. BSA n°0), de l'ordre de 1,7%, soit 12.619 brevets déposés.

Parallèlement, l'INPI constate une baisse des dépôts de marques.

Source : INPI communiqué du 15/02/2012

6 milliards d'euros de pertes comptabilisées sur l'année 2009 au titre de la contrefaçon

Dans son rapport annuel remis le 13 avril 2010, l'Union des Fabricants (UNIFAB) a estimé à 6 millions d'euros les pertes des entreprises françaises du fait d'agissements contrefaisants. Les principaux produits contrefaits sont les articles de luxe, les cigarettes, les DVD, les produits high-tech, les médicaments, les pièces automobiles, les jouets, les boissons, et les cosmétiques. Dans l'Union européenne, les saisies de produits contrefaits ont été multipliées par 7 entre 1999 et 2008.

L'UNIFAB souhaite voir les pouvoirs publics agir sur cinq axes prioritaires : améliorer la coopération internationale dans la lutte contre la contrefaçon, renforcer les dispositifs juridiques, améliorer la réponse opérationnelle à la contrefaçon, mieux sensibiliser les acteurs et l'opinion et enrayer la cyber-contrefaçon sur Internet.

La contrefaçon représente un manque à gagner de 200 à 300 milliards d'euros par an, la France perdant à elle seule plus de 6 milliards d'euros. Le pillage du savoir-faire national copié le plus souvent à l'extérieur de nos frontières conduit à la suppression régulière des postes d'emplois traditionnels : 200 000 en Europe dont 38 000 en France (Etude KPMG pour l'Unifab).

Avec 8.9 millions de produits de contrefaçon saisis en 2011, la douane a ainsi stoppé un trafic illicite considérable avec une progression de plus de 42% comparé à 2010. Il s'agit de la meilleure performance douanière depuis les années 1990.

Source : « L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France », avril 2010. Consultable sur le site de l'Unifab : <http://www.unifab.com/fr/>

Un français sur trois a déjà acheté des produits contrefaits

Selon une étude IFOP commandée par l'UNIFAB, un français sur trois s'est déjà livré à des achats de produits copiés. Le sondage réalisé par l'institut met en évidence – crise oblige – le manque de scrupule des consommateurs face à l'acquisition de produits contrefaits, Internet favorisant naturellement ce type d'achat déshinibé. En effet, les acheteurs pensent acquérir de manière anonyme, et plus neutre que dans des circuits opaques. Internet légitimerait donc cette démarche « d'achat malin » désormais affirmé et parfois revendiqué par les internautes.

Selon l'UNIFAB 44% des produits copiés sont des biens culturels (DVD et CD) et 19% sont des cigarettes. 6 marques sur 10 contrefaites appartiennent au milieu du sport. Sur 2010, les Douanes ont ainsi saisi 6,2 millions d'articles, soit une progression en valeur de plus de 50%. La Chine est présentée comme étant la principale source de produits contrefaisants, représentant 64% des articles saisis.

Source : Communiqué de presse UNIFAB 2011. Consultable sur le site de l'Unifab

Wikileaks frappe à nouveau: l'industrie de l'espionnage technologique montrée du doigt

Alors que Julian Assange fait toujours l'objet de poursuites judiciaires, le site « Wikileaks » continue à alimenter ses pages web de révélations sous le motif du principe de transparence.

En date du 1er décembre 2011, il diffusait ainsi un dossier dénommé Spyfiles, constitué de 287 documents, relatif à la surveillance électronique des citoyens, désignant nommément 160 sociétés impliquées dans ces pratiques, au profit de 25 états donneur d'ordre. Par ce biais, son fondateur a entendu mettre directement en cause la collaboration blâmable entre les services technologiques de renseignement privés (captation de conversations téléphoniques, mouchards numériques, surveillance informatique, localisation géographique, ...) et les états dirigés par des dirigeants autoritaires, déclamant lors d'une conférence de presse : « la surveillance de masse est devenue depuis dix ans une industrie internationale qui vend ses services aux dictateurs pour espionner des populations entières. »

Source : Wikileaks, Spyfiles

Pour aller plus loin sur Wikileaks : <http://www.ielovepme.com/securite/456-les-revelations-de-wikileaks-que-se-passerait-il-si-la-cible-etait-francaise.html>

BRIBES ET
CHUCHOTEMENTSLoi sur les
secrets d'affaires

Il semble confirmé qu'un nouveau projet de texte de loi relatif à la protection du secret des affaires est actuellement à l'étude à Bercy.

Manuel d'Intelligence
Économique, Collectif, Presses
Universitaires de France, 2012.

Selon l'éditeur, « ce manuel est coordonné par Christian Harbulot, l'un des pionniers de la démarche d'intelligence économique (...) Il a réuni une équipe d'auteurs qui ont participé pour la plupart à la démarche de l'Ecole de guerre économique durant ces quinze dernières années. Ces co-auteurs sont des universitaires passionnés par les questions stratégiques, des consultants impliqués dans la course aux appels d'offre et les affrontements concurrentiels, des militaires entrepreneurs, des juristes spécialisés dans le management de l'information, des créateurs de l'action subversive appliquée à l'économie de marché, des experts en technologies de l'information. ».

432 pages - 28.00 € - http://www.puf.com/Major:Manuel_d'intelligence_economique

ARTICLES

- HAGEL F., « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », in Dossier « La propriété industrielle, outil stratégique pour l'Europe, Cahiers de droit de l'entreprise, n°1, janvier-février 2012, pp. 31-40,
- de MAISON ROUGE O., « L'Affaire « Rose » : une qualification audacieuse du vol de fichiers confidentiels dans un contexte d'espionnage économique », Sécurité & Stratégie, n°8, janvier 2012, pp. 41-49.
- de MAISON ROUGE O., « La protection des secrets

d'affaires à l'étranger: exercice de droit comparé », Revue Internationale d'Intelligence Économique, Série Publications Numériques, Janvier 2012.

A PARAÎTRE

- L'intelligence juridique et le droit des secrets d'affaires, par Olivier de Maison Rouge

Une publication de



INSTITUT DE L'IE

Institut international d'intelligence économique et stratégique
International Institute for competitive and strategic intelligencewww.institut-ie.fr

Editeur :

L'institut de l'IE
6, place de Breteuil, 75015 Paris

Imprimerie :

L'institut de l'IE
6, place de Breteuil, 75015 Paris

Directeur de Publication :

Thomas Janier

Responsable de la rédaction :

Olivier de Maison Rouge

Prix : 25 €

Date du dépôt légal (mois et année)
Mars 2012

Date de parution : Novembre 2012

ISSN : 2259-3624

Copyright - Reproduction interdite

Bulletin d'abonnement

Merci de nous renvoyer ce coupon réponse dûment complété

Nom Prénom

Société

Adresse

Code Postal Pays

Tél. Mob.

Courriel

 Je m'abonne au BSA pour l'année civile, pour 4 numéros trimestriels, à compter du numéro 1

Règlement de 100 € à envoyer par chèque à l'ordre de l'Institut de l'IE

 INSTITUT DE L'IE
 Abonnement BSA
 6 Place de Breteuil, 75015 Paris

BSA

BULLETIN DU DROIT
DES SECRETS
D'AFFAIRES