



LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & la transformation numérique de l'économie

Regards d'experts

1.3

QUELLE PROTECTION JURIDIQUE POUR L'ALGORITHME ?

par Marc Schuler et Benjamin Znaty

LES AUTEURS

Marc Schuler est avocat associé au sein du département propriété intellectuelle du cabinet Bird & Bird à Paris. Il a développé une pratique reconnue dans le secteur de l'IT et des médias en privilégiant une offre de services globale en matière de « *soft IP* » (signes distinctifs, droits d'auteur et droits voisins, bases de données...). Il intervient ainsi tant en conseil qu'en contentieux sur la protection et la défense de ces actifs ainsi que sur la sécurisation de leur exploitation. Il assiste, dans ce cadre et notamment, des acteurs majeurs du secteur des médias, des nouvelles technologies et de l'informatique. Il représente ainsi en particulier des opérateurs de services en ligne dans la structuration de leurs activités au regard des responsabilités sous-jacentes. Avocat au barreau de Paris, Marc Schuler est titulaire d'un DESS en droit du commerce international et d'un LLM en droit des affaires (université de Reading, GB).

Benjamin Znaty est avocat collaborateur au sein du département NTIC du cabinet Bird & Bird à Paris. Sa pratique est axée sur l'informatique et les relations commerciales, avec notamment le droit de l'Internet. Diplômé d'un LLM spécialisé en sciences, technologie et propriété intellectuelle de l'université UC Hastings de San Francisco, il est également titulaire d'un master en droit informatique et multimédia de l'université Paris II Panthéon-Assas et d'un master en droit économique de l'université Paris Dauphine.

SYNTHÈSE

L'algorithme fait sans doute partie des créations immatérielles les plus valorisées de notre économie moderne. Il est l'outil à la base du fonctionnement de la plupart des logiciels et sites Internet actuels, et sera également à la source du fonctionnement des objets et nouvelles technologies de demain (objets connectés, Big Data...). En tant qu'idée, principe ou méthode, il fait pourtant pour autant partie de ces créations immatérielles ne bénéficiant que d'une protection juridique indirecte ou imparfaite. L'objet du présent article est d'analyser cette protection juridique telle qu'elle existe aujourd'hui et celle qui sera rendue possible demain, à l'aube de l'adoption du nouveau régime européen de protection du secret des affaires.

MOTS CLÉS : algorithme | logiciel | fonctionnalités | droit d'auteur | brevet | secret des affaires | trade secret | concurrence déloyale

INTRODUCTION

L'algorithme est défini par le Larousse comme un « *ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations. Un algorithme peut être traduit, grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur* ».

On désigne aujourd'hui par le vocable « *algorithme* » une pluralité de créations immatérielles développées par les acteurs de l'économie numérique. La valeur que représente un algorithme s'illustre à bien des égards au sein de cette économie. On peut penser en premier lieu aux « *majors* » de l'Internet, avec en tête Google, que l'on associe fréquemment à ces fameux algorithmes. À chaque modification ou perfectionnement que Google apporte à son algorithme, c'est tout le Web qui tremble des conséquences en termes de référencement. On se rappelle encore des remous provoqués par l'introduction de l'algorithme « *Panda* » pendant l'été 2011, histoire qui tend à se répéter tel que récemment avec l'introduction de la version 4.0 de cet algorithme.

Que ce soit Facebook avec ses algorithmes permettant d'améliorer la qualité de l'affichage du fil d'actualités, ou encore Amazon à travers ses algorithmes de recommandation de produits, jusqu'aux algorithmes développés par des start-up innovantes apportant des outils vitaux, comme telle que la publicité ciblée à cette économie moderne, **la quasi-totalité des acteurs fondent leur modèle sur la performance de leurs algorithmes**. À l'heure de la révolution du Big Data, il ne fait aucun doute que les entreprises qui tireront leur épingle du jeu seront celles ayant développé les algorithmes les plus performants et les plus à même d'exploiter cette immense quantité de données.

On peut trouver un dénominateur commun à tous ces algorithmes : traiter l'information afin d'apporter une solution concrète à un problème donné. L'information est partout et l'algorithme permet à l'homme d'interagir avec cet environnement informationnel. Pour beaucoup, l'Internet 3.0 sera celui des objets connectés. Pour autant, il faudra là encore des algorithmes pour que ces objets fonctionnent : afin d'analyser les données de trafic et permettre à la voiture connectée de s'auto-conduire, afin d'analyser les données de santé et permettre au Smartphone de préconiser un régime sportif, ou bien encore afin d'analyser les consommations alimentaires d'une famille et permettre au réfrigérateur connecté de s'approvisionner automatiquement.

Si l'on comprend donc facilement son utilité, **il reste difficile de concevoir la forme sous laquelle se matérialise concrètement l'algorithme. Or, cette question est primordiale car elle a un impact direct sur la question de sa protection juridique.**

Il est donc important pour le développeur de l'algorithme de se confronter dès le début du processus de création à la question de sa protection juridique, comme toute création immatérielle, afin de parer au risque de détournement ou d'appropriation illicite : dans quelle mesure le régime légal et juridique de la propriété intellectuelle française peut-il protéger l'algorithme ? Alors que l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique jouit de la protection du droit d'auteur dès matérialisation de son œuvre et que l'inventeur d'un procédé technique brevetable

bénéficie d'une protection par un titre, **le créateur de l'algorithme ne semble pouvoir bénéficier que d'une protection indirecte et imparfaite.**

L'adéquation de notre régime juridique actuel à ce type de création peut être légitimement sujette à débat. Cette question en appelle une autre : celle du secret des affaires. Si le secret des affaires ne bénéficie pas d'un régime juridique propre en droit français à l'heure actuelle, cette donne devrait changer à terme, au regard de la proposition de directive européenne publiée par la Commission européenne le 28 novembre 2013 et de la récente proposition de loi dite « *Urvoas* » enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014.

I - LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : PROTECTION INDIRECTE DE L'ALGORITHME

La protection de l'algorithme par la propriété intellectuelle semble exclue à première vue.

Au titre du droit d'auteur, d'une part, l'algorithme, en tant que principe mathématique, fait partie du domaine des idées et est donc, comme le veut l'adage, de « *libre parcours* ».

Au titre du brevet, d'autre part, l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle exclut expressément de la brevetabilité « *les théories scientifiques et les méthodes mathématiques* », mais également « *les programmes d'ordinateur* ».

La protection, même indirecte, de l'algorithme reste néanmoins une réalité. À partir de l'intégration de l'algorithme dans un support déterminé, celui-ci peut en effet devenir un élément protégeable au titre de la propriété intellectuelle.

A. La protection par le droit d'auteur de l'algorithme intégré à un logiciel

L'algorithme tel qu'on le conçoit aujourd'hui, comme par exemple l'algorithme Google, apparaît *in fine* assez éloigné de la méthode mathématique classique appartenant au domaine des idées. **Dans la plupart des cas, ce que l'on désigne par algorithme est en réalité une création intégrée au code source d'un logiciel protégeable au titre de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle.** La mise en forme de l'algorithme sur un support de programmation est susceptible de le rendre éligible à la protection sur ce fondement.

Toutefois et aux fins de protection, il convient que le logiciel dans lequel est intégré l'algorithme remplisse la condition d'originalité requise. Le droit d'auteur considère classiquement qu'une œuvre n'est protégeable qu'à partir du moment où elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur. Cependant, depuis l'arrêt « *Pachot* » rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 mars 1986, cette condition d'originalité a été adaptée par la jurisprudence afin d'appréhender une œuvre utilitaire telle que le logiciel. Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation considère que pour qu'un logiciel soit protégeable, son code source doit porter « *la marque de l'apport intellectuel* » de son auteur. Ainsi, l'originalité du logiciel ne requiert pas nécessairement qu'il porte l'empreinte d'un auteur déterminé mais que l'on puisse y voir un « *effort intellectuel personnalisé* ». Plus récemment, dans un arrêt en date du 17 octobre 2012, la

Cour de cassation a précisé que cet effort personnalisé ne peut se déduire du succès ou de l'utilité d'un logiciel mais des choix opérés lors de sa conception, témoignant « *d'un apport intellectuel propre et d'un effort personnalisé* ». Aussi, la preuve de cet « *apport intellectuel propre* » apparaît assez complexe dans le cas d'un algorithme.

Il apparaît dès lors nécessaire que le logiciel intégrant cet algorithme aille au-delà de la simple exécution. En ce sens, un arrêt rendu le 14 novembre 2013 par la Cour de cassation peut être utilement mentionné. Dans cette affaire, l'éditeur d'un logiciel de comptabilité reprochait à Microsoft d'avoir contrefait son logiciel dans la version française de la suite Office. Après avoir rappelé que les algorithmes et fonctionnalités sont des éléments « *non protégés par le droit d'auteur* », la Cour de cassation a refusé de reconnaître une quelconque contrefaçon en raison de l'absence de fourniture d'éléments permettant de justifier de l'originalité du logiciel tels que « *les lignes de programmation, les codes ou l'organigramme, ou du matériel de conception préparatoire* ».

Ces jurisprudences démontrent que la protection de l'algorithme au titre du droit d'auteur par le biais du logiciel ne peut être considérée comme parfaite. Le droit d'auteur ne protège pas le logiciel dans sa globalité : les fonctionnalités d'un logiciel définies comme la mise en œuvre de la capacité du programme à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat ne bénéficient pas en tant que telles de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée. Cette distinction entre les idées à la base du logiciel et l'œuvre originale que constitue un logiciel, est reprise au 11^e considérant de la directive 2009/24 du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur : « *Pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée et que les idées et les principes qui sont à la base des différents éléments d'un programme, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive. En accord avec ce principe du droit d'auteur, les idées et principes qui sont à la base de la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés en vertu de la présente directive* ».

Cette dissociation du logiciel de ses fonctionnalités et algorithmes a une conséquence directe : dès lors qu'un tiers parviendra à extraire légalement l'algorithme d'un logiciel, et quand bien même ce logiciel serait protégé par le droit d'auteur, il sera libre de réutiliser cet algorithme. C'est d'ailleurs ce qu'a récemment rappelé la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans son arrêt « *SAS Institute* ». Dans cette affaire, la société SAS Institute avait développé un logiciel de traitement et d'analyse de données et une société concurrente, WPL, était parvenue à développer un logiciel similaire en étudiant les principes à la base du fonctionnement de ce logiciel. Cette analyse du logiciel semblait parfaitement légitime dans la mesure où WPL était titulaire d'une licence d'utilisation du logiciel développé par SAS Institute. De plus, WPL n'avait pas eu besoin d'accéder au code source ou de décompiler le logiciel de SAS Institute pour copier la fonctionnalité en question et n'avait donc pas enfreint les termes de sa licence d'utilisation. En application de la Directive, la CJUE rappelle de nouveau que « *ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur, ni le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituent une forme d'expression de son programme et ne sont, à ce titre, protégés par le droit d'auteur* ». La question de l'appropriation de l'algorithme à la base du fonctionnement d'un logiciel protégé reste donc entière.

B. La protection par le brevet de l'algorithme intégré à une invention brevetable

La protection de l'algorithme par le brevet apparaît également à première vue proscrite. En effet, le Code de la propriété intellectuelle exclut expressément de la brevetabilité les méthodes mathématiques et les programmes d'ordinateurs. L'algorithme serait alors exclu de la brevetabilité en amont, lorsqu'il n'est qu'une méthode mathématique destinée à traiter l'information, mais également en aval, lorsque cette méthode est intégrée et convertie en un code source et/ou code objet exécutable par un ordinateur. Par ailleurs, en tant que tel, l'algorithme ne possède *a priori* pas « l'effet technique » nécessaire à la brevetabilité de toute invention. Cette exclusion de brevetabilité légale des méthodes est strictement appliquée par les tribunaux français qui refusent de reconnaître une brevetabilité des méthodes mathématiques ou commerciales.

La brevetabilité de l'algorithme reste néanmoins une réalité à l'échelle internationale, au même titre que l'est celle du logiciel, notamment en raison de la pratique américaine de brevetabilité qui apparaît classiquement plus permissive que la nôtre. Beaucoup d'algorithmes sont actuellement protégés par des brevets déposés aux États-Unis comme par exemple « *PageRank* », l'un des premiers algorithmes de référencement développé par Google et déposé le 9 janvier 1998 par Larry Page.

Cette conception large de la brevetabilité aux États-Unis a néanmoins évolué ces dernières années. La position classique de la jurisprudence revenant à considérer selon la formule célèbre que « *tout ce qui, sous le soleil, a été créé par l'homme* » est brevetable, semble s'infléchir. Dans l'arrêt *Bilski c/ Kappos* rendu par la Cour suprême le 28 juin 2010, une demande de brevet sur une méthode d'affaires permettant de se protéger contre les risques de fluctuation de prix des matières premières a été rejetée en partie car fondée sur des algorithmes, idées abstraites et non-brevetables. Cette jurisprudence a été renforcée récemment aux États-Unis par l'arrêt *Alice Corp.* rendu par la Cour suprême le 19 juin 2014, où il était aussi question d'une demande de brevet portant sur des méthodes financières. Dans l'arrêt *Alice Corp.*, les juges de la Cour suprême ont rappelé expressément que l'algorithme était une idée abstraite insusceptible de brevetabilité.

Il n'en reste pas moins que comme pour le droit d'auteur, **la brevetabilité indirecte de l'algorithme reste admise, notamment si celui-ci est intégré dans une invention elle-même brevetable.** Il est à ce sujet utile de se référer à la jurisprudence de l'Office Européen des Brevets (OEB). Dès 1986, dans l'affaire T.208/84, l'OEB fit une distinction entre la méthode mathématique en tant que telle, insusceptible de brevetabilité, et la revendication ayant pour objet un procédé technique dans lequel cette méthode est utilisée. On peut, en outre, prendre pour exemple la décision IBM aux termes de laquelle il a été décidé qu'un programme d'ordinateur inséré dans un ordinateur peut être breveté dès lors qu'il apporte « *un effet technique supplémentaire* » à cet appareil. On peut également citer les décisions Hitachi (T258/03) et Microsoft (T424/03) où l'OEB s'est attachée à démontrer en quoi un programme d'ordinateur pouvait améliorer techniquement l'ordinateur dans lequel il est intégré. Pour résumer la position de l'OEB, un algorithme ou un logiciel peut être brevetable indirectement à condition qu'il soit intégré à une invention et lui apporte une contribution technique.

Il est permis d'appliquer ce raisonnement aux algorithmes insérés dans des objets innovants, par exemple l'algorithme à l'origine du fonctionnement d'une voiture connectée. Ainsi, l'un des brevets déposés par Google pour protéger sa voiture automatisée inclut comme revendication première un : « *Véhicule autonome, comprenant : (...) une unité sans fil configurée pour recevoir une instruction de véhicule autonome basé sur les données de référence ; et, un module de commande configuré pour commuter le véhicule dans un mode de fonctionnement autonome* ».

Le principal avantage de cette appréhension par le brevet de l'algorithme est que contrairement au droit d'auteur, l'algorithme inclus et détaillé dans la demande de brevet sera protégé au même titre que l'invention qui le renferme.

La protection par le brevet connaît néanmoins aussi ses défauts. Ainsi, **cette protection est liée de manière intrinsèque à l'invention dans laquelle l'algorithme est intégré.** Si la solution semble séduisante pour les algorithmes à l'origine du fonctionnement des objets de demain, la protection par le brevet de l'algorithme purement immatériel, plus proche de la méthode, qui ne serait pas associée à une invention en particulier, semble encore impossible à l'heure actuelle. Par ailleurs, on peut légitimement se demander si la protection par le brevet de l'algorithme est opportune. Il faut en mesurer sa conséquence directe : le créateur de l'algorithme breveté est contraint de divulguer au public son algorithme et d'en figer le fonctionnement. **Cette protection est-elle bien adaptée à une création qui doit sans cesse être actualisée pour réagir à la modification de l'information ?** Les entreprises ont-elles tous les moyens de déposer à chaque amélioration ou modification de l'algorithme un nouveau brevet ? De plus, est-il certain que les entreprises soient prêtes à révéler au public leurs précieux algorithmes ? L'algorithme est en effet susceptible de mettre en lumière des informations stratégiques sur le modèle économique de l'entreprise. Si l'on prend l'exemple de l'algorithme boursier, une banque n'a pas forcément envie ni même intérêt à dévoiler son comportement sur le marché financier.

La propriété intellectuelle, telle qu'envisagée à date en droit français, n'est peut-être *in fine* pas la voie la plus à même de protéger l'algorithme qui, à bien des égards, s'apparente plus à un secret des affaires qu'à un élément de propriété intellectuelle.

II - LE SECRET DES AFFAIRES : PROTECTION AUTONOME DE L'ALGORITHME

L'algorithme est actuellement l'une des créations les plus valorisées de l'économie numérique moderne. Or, si la protection de cette création par la propriété intellectuelle, telle que l'on vient de la présenter, est encore imparfaite, comment les entreprises peuvent-elles se prémunir du risque d'appropriation illicite ? La réponse apparaît simple : le secret. L'algorithme à bien des égards constitue un secret industriel que l'entreprise devra protéger et faire protéger. **Pour beaucoup d'industriels, conserver le secret est bien l'unique façon de se protéger.**

Cela veut-il pour autant dire que l'algorithme ne bénéficie d'aucune protection juridique en tant que secret ? Le vide juridique est un concept assez relatif, le droit commun finissant toujours pas englober ce qui n'est pas couvert par le droit spécial. Or, le secret industriel est un bien qui est

classiquement protégé par le droit commun, notamment par le biais de la responsabilité délictuelle ou contractuelle en cas d'appropriation illicite.

Pour autant, l'algorithme n'est qu'un exemple du nombre croissant de biens immatériels qui ne sont protégés qu'imparfaitement par la propriété intellectuelle, et ne bénéficient donc pas d'un régime de protection spéciale. La question d'un régime de protection propre au secret des affaires se posait donc, auquel la Commission européenne a apporté une réponse dans sa proposition de directive du 28 novembre 2013 suivie par la proposition de loi « *Urvoas* » enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014.

A. La protection de l'algorithme par le droit commun

Un des moyens classiques offerts à l'entreprise pour protéger son secret est la contractualisation. Cette contractualisation prendra la forme classique d'un accord de confidentialité. L'accord de confidentialité possède plusieurs avantages. En premier lieu, il permet de qualifier expressément de secret l'algorithme appartenant à l'entreprise. La personne tenue par cet accord engagera alors sa responsabilité contractuelle en dévoilant l'algorithme objet de la confidentialité, indépendamment de toute faute dans la divulgation de ce secret. Cet accord de confidentialité peut également prendre la forme d'une clause de confidentialité. Il peut également être judicieux de combiner cet engagement de confidentialité avec une interdiction d'exploitation, cet engagement ayant pour objectif d'empêcher expressément le partenaire d'utiliser l'algorithme pour son propre compte. Enfin, il convient de prévoir dans un tel accord que les engagements concernés survivent en tant que de besoin à la cessation de celui-ci, dès lors que c'est bien souvent postérieurement à cette cessation que le partenaire indelicat peut être tenté de s'approprier et exploiter la donnée confidentielle. Ainsi, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai le 16 avril 2012, un ex-salarié n'étant resté que deux mois en poste dans une société et ayant publié sur son blog des informations sur les méthodes commerciales de son ex-employeur a été condamné pour violation de la clause de confidentialité visée dans son contrat de travail.

Cette protection de l'algorithme par la contractualisation ne saurait pour autant remplacer les autres mesures de prévention que doit prendre l'entreprise pour préserver son secret. Des mesures techniques de protection permettront à l'entreprise de contrôler et de surveiller les personnes ayant eu accès au secret.

En l'absence de contractualisation ou autres mesures de protection prises pour protéger son algorithme, une action en responsabilité délictuelle reste envisageable. En cas d'appropriation illicite du secret, l'action en responsabilité délictuelle prend classiquement la forme d'une action en concurrence déloyale. La jurisprudence définit le parasitisme économique comme l'ensemble des comportements par lequel un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit sans bourse délier de ses efforts et de son savoir-faire. Dans un arrêt comportant des faits similaires à ceux de l'arrêt SAS Institute de la CJUE, la cour d'appel de Versailles a reconnu comme agissement parasitaire fautif « *la société ayant bénéficié du travail d'analyse, des algorithmes et des codes sources du programme [...] même s'il n'est pas contestable qu'elle a procédé à une réécriture complète de son propre logiciel* ».

À condition donc de parvenir à démontrer une faute dans l'appropriation et la réutilisation du secret par un tiers, l'action en concurrence déloyale permet aux tribunaux de sanctionner de tels agissements. Ainsi, dans l'arrêt Microsoft rendu par la Cour de cassation le 14 novembre 2013, celle-ci rejette certes le moyen du pourvoi fondé sur l'originalité du logiciel de comptabilité mais accepte le second moyen fondé sur l'action en concurrence déloyale et casse l'arrêt d'appel en rappelant que « *l'action en concurrence déloyale suppose seulement l'existence d'une faute* ».

Enfin, la voie pénale reste envisageable même s'il est souvent difficile de qualifier l'infraction ayant conduit à l'appropriation illicite du secret. Souvent, l'immatérialité qui caractérise le secret, telle que celle qui caractérise l'algorithme, empêchera de retenir des qualifications pénales impliquant une appropriation physique de la chose. C'est le cas principalement du vol, qui implique « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». La jurisprudence classique en la matière ne permet de sanctionner le vol qu'à partir du moment où le secret est stocké sur un support matériel, objet de la soustraction frauduleuse. C'est notamment grâce à cette interprétation que l'on a pu par exemple condamner le vol d'informations par photocopie. On peut néanmoins observer que les tribunaux sont de plus en plus enclins à condamner le vol d'informations en tant que tel. On peut citer à titre d'exemple cet arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 février 2014 ayant retenu le « *vol de fichiers informatiques* » alors que le prévenu avait téléchargé des fichiers sur un support lui appartenant et ce, contrairement au Tribunal de première instance qui avait exclu cette même qualification, « *en l'absence de toute soustraction matérielle de ces documents* ». Un texte spécial de droit pénal français protège certes partiellement le secret, l'article L.1227-7 du Code du travail sanctionnant l'atteinte par le salarié au secret de fabrique, mais cette infraction propre au droit du travail ne permettrait néanmoins pas d'appréhender un certain nombre de secrets tel que par exemple l'algorithme, qui n'est pas expressément un secret de fabrique.

Il n'existe donc pas à l'heure actuelle en droit français une infraction pénale permettant de sanctionner directement la violation du secret des affaires. Encore un point susceptible d'être résolu par la création d'un régime juridique propre à la protection du secret des affaires.

B. La protection de l'algorithme par le futur régime juridique de protection du secret des affaires

Bien avant la proposition de directive publiée par la Commission européenne le 28 novembre 2013, l'article 39 du traité ADPIC, inspirant certaines de ses propositions, reconnaissait déjà la nécessité pour les États signataires de protéger les « *renseignements non divulgués* ». Cette proclamation de principe n'a pour autant pas conduit les principaux États signataires à adopter un régime légal permettant de protéger efficacement de tels renseignements.

Dans son étude d'impact, la Commission illustre la nécessité d'adopter une législation européenne sur le secret des affaires en expliquant que 40 % des entreprises européennes s'empêchent de partager leurs secrets avec des partenaires en raison de leur crainte d'en remettre en cause la confidentialité et du risque de divulgation non autorisée, ce qui pénalise aujourd'hui l'innovation en Europe. C'est en partie pour cette raison que la Commission juge nécessaire de mettre en place un régime uniforme de protection du secret des affaires au sein de l'Union.

La proposition de directive marque une différence claire entre la propriété intellectuelle et le secret des affaires. L'objet de la directive n'est pas de créer un nouveau droit de propriété intellectuelle mais bien de prévoir un régime de protection propre au secret des affaires. Ainsi, le secret des affaires jouirait désormais d'une protection potentiellement aussi efficace que celle apportée par le Uniform Trade Secret Act aux États-Unis.

On peut notamment relever de cette proposition, la définition du secret des affaires prévue à l'article 2, inspirée de la définition de l'accord ADPIC, qui est à même d'englober un algorithme tenu secret par l'entreprise créatrice. Ainsi, le secret des affaires désigne des informations qui répondent aux conditions suivantes : « a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ; c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ». Les termes de la directive se voulant volontairement larges permettent d'appréhender potentiellement toute information confidentielle ayant « valeur commerciale ».

Les articles 3 et 4 détaillent les conditions dans lesquelles l'appropriation d'un secret peut être illicite ou bien au contraire licite. Certaines hypothèses de licéité de l'appropriation semblent inspirées du Uniform Trade Secrets Act précité. Les praticiens reconnaîtront ces dispositions qui sont presque systématiquement insérées dans les clauses et accords de confidentialité déjà applicables en France, souvent basées sur des modèles d'entreprises d'outre-Atlantique. On pourra également retenir de ces articles qu'aucun monopole légal n'est conféré au titulaire du secret. Les tiers peuvent toujours utiliser le secret qu'ils auront obtenu de manière licite. On peut penser au développement autonome, objet de l'arrêt « SAS Institute », mais également au *reverse engineering* qui restera un moyen licite de s'approprier le secret, à défaut de contrat interdisant expressément le procédé entre les parties.

Certaines exceptions prévues par le texte posent néanmoins plus de questions, comme par exemple l'article 4(2)(c) prévoyant la licéité d'une révélation par les employés ou représentants légaux du secret dans le cadre de l'exercice légitime de leurs fonctions. On pourrait penser au contraire que l'employé peut certes être amené à communiquer le secret dans le cadre de ses fonctions mais reste par principe tenu par une obligation de confidentialité interdisant la révélation aux tiers.

L'apport de la directive européenne réside en outre dans les mesures de protection et mesures de réparation dont pourra bénéficier le détenteur du secret. De façon similaire à ce qui est prévu en matière de contrefaçon, le détenteur d'un secret pourra désormais solliciter des mesures provisoires et conservatoires destinées à freiner la divulgation du secret, telle l'interdiction de circulation sur le marché ou la suppression de la caractéristique mettant le produit en infraction. L'article 8 de la proposition prévoit également une procédure spéciale permettant de préserver la confidentialité des débats, et donc du secret, lors de l'instance procédurale. Enfin, des méthodes particulières de calcul de dommages et intérêts sont prévues, prenant par exemple en compte les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant ou le montant des redevances qui auraient été dues si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret en question.

Notons enfin que la proposition de Directive ne prévoit pas une infraction spécifique ou un régime permettant de sanctionner pénalement la violation du secret des affaires mais laisse cette prérogative aux États membres. C'est d'ailleurs peut-être la voie que choisira la France si l'on en croit la récente proposition de loi relative à la protection du secret des affaires du 16 juillet 2014. Cette proposition crée en effet un nouveau délit puni de 3 ans d'emprisonnement et 375000 € d'amende constitué par le fait de prendre connaissance, de révéler ou de détourner un secret d'affaires.

Cette proposition française laisserait envisager une reconnaissance légale du secret des affaires en France avant même l'adoption et transposition de la directive à l'échelle européenne. Mis à part cette reconnaissance pénale, cette proposition reprend par ailleurs l'essentiel des dispositions du projet de directive européenne, notamment sur la définition du secret, elle aussi conforme au traité ADPIC, mais également les exceptions et mesures de réparation prévues par le texte européen.

On ne peut donc que se réjouir de cette reconnaissance anticipée par la France d'une protection attendue depuis longtemps, permettant d'englober un nombre important d'actifs très précieux de l'économie numérique dont la protection par la propriété intellectuelle n'était pas forcément assurée jusqu'à aujourd'hui, comme par exemple l'algorithme...

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & la transformation numérique de l'économie

Regards d'experts

Le numérique révolutionne l'innovation dans tous les secteurs d'activité, de l'industrie traditionnelle aux activités de service.

Dans le cadre de sa mission d'accompagnement des entreprises, l'INPI a lancé un appel à contributions pour recueillir le point de vue d'experts autour des problématiques liées à la propriété intellectuelle dans le numérique telles que les objets connectés, le Big Data, la protection des algorithmes, les bases de données, l'impression 3D et d'une manière générale, de la création dans un contexte numérique.

Les dix-huit articles sélectionnés dans cet ouvrage vont contribuer à nourrir le débat national. Au-delà du cercle des experts de la propriété intellectuelle, il est essentiel que cet ouvrage alimente la discussion avec les entreprises afin de les accompagner dans cette mutation de l'économie et de leur permettre d'améliorer leur compétitivité.