

## ARRETS &amp; TENDANCES

# Une protection par brevet ou par secret

L'innovation est inhérente à la compétitivité. Elle impose une part importante d'investissement (laboratoires de recherche, bureau d'étude et de conception...) qu'il faut nécessairement penser à protéger. Le secret et la propriété industrielle (principalement le brevet) sont les deux principaux modes de protection de ce patrimoine.

La protection par le brevet n'est accordée qu'aux inventions nouvelles impliquant une activité inventive et qui sont susceptibles d'application industrielle(1). Elle confère un monopole d'exploitation. En France, les brevets sont déposés à l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle). La demande de brevet comprend une description de l'invention et des moyens permettant à l'homme du métier de la réaliser.

En tant que tels, les logiciels ne sont pas brevetables. En effet, les législations française et européenne(2) excluent expressément les logiciels ou programmes d'ordinateurs, ainsi que les théories mathématiques, du champ des inventions brevetables. Cependant, l'exclusion légale ne s'applique qu'aux logiciels, programmes d'ordinateurs ou théories mathématiques pris en tant que tels(3). En revanche, une invention ne doit pas être privée de la brevetabilité au seul motif qu'une ou plusieurs de ses étapes sont réalisées par un ordinateur. Ainsi, les logiciels intégrés dans un dispositif d'ensemble brevetable bénéficient indi-

rectement de la protection(4). Les logiciels peuvent accéder à ce type de protection en tant que produits ou procédés constitutifs d'une invention, dans sa structure algorithmique et ses éléments fonctionnels.

L'administration française fait une application assez stricte de la loi. L'Office européen des bre-

vets paraît disposé à accueillir certaines demandes de brevets portant sur des inventions de logiciels. Ainsi, dans une décision de principe du 15 juillet 1986(5), une distinction fondamentale est opérée entre, d'une part, l'algorithme mathématique en tant que tel, qui s'applique à des nombres et donne un résultat sous forme numérique, et, d'autre part, l'algorithme utilisé dans un procédé produisant un effet technique. L'Office européen des brevets a notamment admis la brevetabilité d'une méthode informatique permettant la transformation des codes de commandes d'un sys-



**Laurence Tellier Loniewski**

Avocat  
Directeur du pôle  
"propriété intellectuelle"  
ALAIN BENSOUSSAN

“ L'Office européen des brevets a admis la brevetabilité d'une méthode informatique permettant la transformation des codes de commandes d'un système de traitement de textes ”

1/ Art. L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. 2/ Art. L. 611-10 (2)(c) du Code de la propriété intellectuelle et art. 52-2-c de la convention de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen. 3/ Art. L. 611-10 (3) du Code de la propriété intellectuelle et art. 52-3 de la convention sur le brevet européen précitée. 4/ La Cour d'appel de Paris s'est prononcée en ce sens dans un arrêt du 15 juin 1981, Gaz. Pal. 1982 II jur. p. 368 note Ph. Letourneau. 5/ OEB Ch. rec. tech. 3-5-1, 15 juillet 1986, aff. T. 208/84 : JCP 1987 (E) II-14916 note J.-M. Mousseron et M. Vivant.

“

**Le brevet présente l'inconvénient d'obliger le déposant à divulguer son invention**

”

tème de traitement de textes en d'autres codes de commandes d'un autre système de traitement de textes<sup>(6)</sup> ainsi que d'une méthode pour visualiser des informations sous un format unique dans un système informatique de gestion<sup>(7)</sup>. La Commission européenne a présenté le 20 février 2002, une proposition de directive visant à harmoniser les droits nationaux des brevets concernant la brevetabilité des inventions mettant en œuvre un logiciel<sup>(8)</sup>.

Toutefois, lorsque les conditions de la brevetabilité ne sont pas réunies, ou que l'obtention du brevet est hypothétique, par exemple lorsque l'activité inventive est douteuse, on peut avoir recours à la protection par le secret. Celle-ci peut également s'avérer un choix stratégique pertinent pour garder une innovation secrète même lorsque sa brevetabilité est certaine. Il faut savoir que le brevet présente en effet l'inconvénient d'obliger le déposant à divulguer son invention en contrepartie du monopole qui lui est accordé. Il en résulte que l'invention devient aisément reproductible, ce qui augmente les risques de contrefaçon, mais aussi de concurrence parfaitement légale, dans les pays non couverts par le brevet, et en toute hypothèse lorsque la protection du brevet expire. Pour toutes ces raisons, la protection par le secret peut être une bonne stratégie.

### La protection par le secret

Il existe peu de textes régissant le secret industriel. Le principal texte applicable en France en matière de secret industriel est l'article L. 152-7 du Code du Travail qui sanctionne la violation du secret de fabrication d'une entreprise par tout directeur ou salarié de cette entreprise. Néanmoins, on peut également citer la loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs qui impose une obligation de confidentialité aux administrations qui sont amenées à avoir connaissance de certains secrets industriels dans le cadre de leur activité. En vertu de cette loi, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) réserve la communication des documents contenant des infor-

mations dont la divulgation pourrait porter atteinte au secret industriel aux seules personnes intéressées.

Sur le plan international, il existe également l'article 39 de l'Accord ADPIC<sup>(9)</sup> qui impose aux Etats membres de l'OMC, l'obligation de protéger les "renseignements non divulgués", c'est-à-dire le savoir-faire confidentiel ou les secrets de fabrication, en assurant une protection effective contre la concurrence déloyale. Les secrets industriels sont encore indirectement protégés par le biais des textes relatifs au contrôle des exportations des biens et technologies à double usage quand ils constituent une technologie susceptible d'application tant civile que militaire<sup>(10)</sup>.

Faute de définition légale, le secret industriel apparaît sous diverses appellations : savoir-faire, know-how, informations (voire "renseignements") confidentielles, secret de fabrication ou de commerce. Dans le cadre de l'application de l'article L. 152-7 du Code du Travail, la Cour de cassation a pu définir le secret de fabrication comme un procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial pour l'entreprise qui le met en œuvre, et tenu caché des concurrents, qui ne le connaissent pas avant sa violation<sup>(11)</sup>. Le secret industriel peut ainsi s'entendre de toute information susceptible d'application industrielle, gardée secrète par son détenteur et utilisée afin de créer ou de fournir des biens ou des services. Cette définition large couvre les procédés de fabrication mettant en œuvre les technologies les plus sophistiquées ou encore les méthodes, ou des données commerciales, comme des listes de clients ou de fournisseurs.

Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait secret industriel. Tout d'abord, il faut que le secret industriel soit réellement inconnu de l'industrie concernée ou, à tout le moins, qu'il ne soit pas facilement accessible. Or, dans la pratique, il n'est pas toujours simple d'avoir la certitude qu'une information n'est pas tombée dans le

“

**Faute de définition légale, le secret industriel apparaît sous diverses appellations : savoir-faire, know-how, informations (voire "renseignements")**

”

6/ OEB ch. rec. tech. 3.5.1, aff. T110/90 du 15 avril 1993, PIBD 1995 no 579 III p. 6. 7/ OEB ch. rec. tech. 3.5.1, aff. T769/92 du 31 mai 1994, PIBD 1995 no 597 III p. 495. 8/ COM(2002) 92 final - 2002-0047 (COD). 9/ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - Annexe à la Convention de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'OMC. 10/ Règlement communautaire 1334/2000 du conseil du 22 juin 2000, mis à jour par règlement CE 149/2003 du conseil du 27 janvier 2003. 11/ Cass. crim., 20 juin 1973, Annales PI, 1974, p. 85 ; Cass. crim., 12 juin 1974.

domaine public ou devenue à la portée de l'homme du métier. Ensuite, il faut que le secret procure un avantage compétitif à son détenteur. La valorisation du secret est donc un élément décisif. Elle résultera notamment des contrats et licences conclus avec des tiers pour l'exploitation du secret. Enfin, il faut que le détenteur du secret en préserve obligatoirement la confidentialité par la mise en place de mesures spécifiques. Par exemple, si l'information protégée est décrite dans des documents, elle doit être étiquetée comme "confidentielle", "secrète" ou par un qualificatif similaire. En pratique, la conservation d'un secret industriel n'est possible que pour les procédés, et suppose que la commercialisation des produits obtenus par la mise en œuvre du procédé ne révèle pas les caractéristiques constitutives de ce procédé<sup>(12)</sup>.

En cas de violation d'un secret industriel, la loi offre différents recours à son détenteur. Tout d'abord, l'article L 152-7 du Code du travail sanctionne de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, la communication d'un secret de fabrique par tout salarié. Il s'agit d'un délit intentionnel, le salarié devant avoir eu conscience du caractère secret de la technologie révélée<sup>(13)</sup>. Il importe en conséquence d'alerter les salariés qui ont à en connaître du caractère secret des recherches qu'ils effectuent ou des techniques et savoir-faire qu'ils emploient. Lorsque la divulgation n'est pas commise par un salarié, il reste possible d'agir sur le fondement de la concurrence déloyale, mais à condition d'apporter la preuve du caractère fautif de l'accès à cette technique<sup>(14)</sup>. Enfin, il convient de signaler que certaines méthodes frauduleuses d'appropriation des secrets industriels constituent des délits spécifiques, comme le vol, lorsque le secret est exprimé sur un support matériel qui a été soustrait, le délit de corruption si le secret est obtenu en échange d'un avantage matériel, la fraude informatique en cas d'intrusion dans un système d'information.

Le contrat, et en particulier les accords de confidentialité et de non concurrence, constituent un

excellent moyen de protection juridique, sous réserve d'une rédaction rigoureuse, notamment quant à l'identification de l'information confidentielle et des personnes tenues au secret. Dans le cas où le signataire du contrat est une personne morale, elle devra ainsi se porter fort de ses salariés, partenaires, filiales, etc. Un contrat est habituellement conclu en cas d'exploitation du secret par un tiers, notamment dans le cadre des accords de transferts ou licences de technologie, mais cette précaution est souvent négligée en amont, avec ses prospects ou partenaires potentiels. C'est une erreur car les risques de divulgation sont à ce stade très élevés. En outre, dans le cas où un dépôt de brevet est envisageable, l'accord de confidentialité permet de révéler une innovation brevetable sans en rompre la confidentialité. Un engagement de confidentialité strict doit encore figurer dans les contrats de travail. L'expérience démontre pourtant que les divulgations de secret industriel, intentionnelles ou pas, ont le plus souvent une origine interne.

Mais la meilleure des défenses reste encore la prévention. Elle passe par la mise en place de méthodologies rigoureuses (limitation stricte des destinataires, accès contrôlés, maîtrise de la circulation et de la destruction des documents...) ainsi que par une politique de sensibilisation du personnel, dont il peut être demandé l'adhésion à une charte de confidentialité. Le secret industriel apparaît ainsi apte à conférer un avantage concurrentiel significatif aux entreprises publiques ou privées qui en disposent, sous réserve d'en assurer une gestion rigoureuse. C'est aussi un élément de patrimoine incorporel qui dépasse le cadre des relations privées, et dont le droit prend progressivement la mesure.

**Laurence Tellier Loniewski**

Revue d'auteurs, l'Informatique Professionnelle accueille des opinions qui n'engagent pas la rédaction.

“

**En cas de violation d'un secret industriel, la loi offre différents recours à son détenteur**

”

“

**Le secret industriel apparaît apte à conférer un avantage concurrentiel significatif aux entreprises publiques ou privées qui en disposent**

”

<sup>12/</sup> Mathély, Le nouveau droit des brevets, éd. JDA, 1991, p. 14. <sup>13/</sup> Cass. crim., 14 août 1970, Bull. crim., p. 292. <sup>14/</sup> Cass. com., 8 mai 1979, PIBD 1980, III, 14.