COMMISSION
EUROPÉENNE

Bruxelles, le 28.11.2013
SWD(2013) 472 final

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

RÉSUMÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT

accompagnant le document:

Proposition de directive 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

{COM(2013) 813 final}
{SWD(2013) 471 final}
{SWD(2013) 493 final}

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

RÉSUMÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT

accompagnant le document:

Proposition de directive 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

1. INTRODUCTION ET CONSULTATION

Le 3 mars 2010, la Commission a adopté une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive (Europe 2020), qui prévoit de renforcer la connaissance et l'innovation en tant que moteurs de la croissance économique dans l'Union. Dans le cadre de l'initiative phare «Une Union de l'innovation», la Commission s'est engagée à améliorer les conditions-cadre permettant aux entreprises d'innover, notamment par l'optimisation de la propriété intellectuelle.

Dans ce contexte, elle a adopté, le 24 mai 2011, une stratégie globale visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur de la propriété intellectuelle.

Tout brevet, tout dessin, toute marque est, au départ, un secret (le lancement d'un nouveau produit, le développement d'un traitement médical révolutionnaire, le prototype d'un moteur de voiture, etc.). Tant que ce secret n'est pas couvert par un droit de propriété intellectuelle, l'entreprise risque le vol de ses informations et de ses connaissances. Les lois sur le secret d'affaires réduisent les risques encourus par les entreprises innovantes et les instituts de recherche en fournissant des recours juridiques contre l'appropriation illicite de résultats en matière de R&D, de savoir-faire et d'autres données de valeur.

Le secret d'affaires est essentiel pour la recherche collaborative et l'innovation ouverte au sein du marché intérieur, qui nécessitent d'échanger des informations entre de multiples partenaires des différents États membres. Or ce secret n'est pas suffisamment protégé dans l'Union. Les entreprises innovantes et les instituts de recherche sont de plus en plus exposés à une appropriation illicite de leurs informations, tant depuis l'intérieur que depuis l'extérieur de l'Union. Et en l'absence d'un cadre juridique commun et cohérent, ils ne peuvent pleinement assumer leur rôle de moteurs de la croissance économique et de l'emploi.

La présente analyse d'impact vise à déterminer les causes du problème et à formuler des propositions de solutions.

Les services de la Commission ont eu recours à des experts externes. Deux études externes ont évalué la protection juridique dont bénéficient les secrets d'affaires dans l'UE et passé en revue la littérature économique existant sur le sujet. 537 entreprises ont participé à une enquête (l'«enquête de 2012») dans le cadre de l'une de ces études, et les services de la Commission ont réalisé une consultation publique avec 386 participants.

2. CONTEXTE POLITIQUE, DEFINITION DU PROBLEME ET PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

Certains éléments montrent que les entreprises, indépendamment de leur taille, accordent au moins autant de valeur aux secrets d'affaires qu'aux brevets ou qu'à n'importe quelle autre

forme de propriété intellectuelle. Les secrets d'affaires sont particulièrement importants pour les PME et les start-ups. Ils sont également importants pour la protection des innovations non technologiques. Le secteur des services, qui représente plus de 70 % du PIB de l'UE, dépend proportionnellement plus des secrets d'affaires et moins des brevets que le secteur manufacturier.

Au vu de la valeur économique d'un secret d'affaires, il est également possible que des concurrents essaient de se l'approprier de manière illicite, par exemple par vol, copie non autorisée, non-respect des obligations de confidentialité, etc., et en fassent ensuite un usage abusif. Un certain nombre de facteurs (mondialisation, externalisation, allongement des chaînes d'approvisionnement, utilisation accrue des technologies de l'information et des communications, etc.) donnent à penser que le risque d'appropriation illicite de secrets d'affaires tend à augmenter. Une entreprise sur cinq ayant répondu à une enquête a indiqué avoir été victime d'actes ou de tentatives d'appropriation illicite dans l'UE au cours des dix dernières années.

Malgré l'importance des secrets d'affaires et des menaces auxquelles ils sont exposés, le cadre juridique de l'UE accorde peu d'attention à ce phénomène. Il n'existe pas de règles européennes en la matière, et la protection légale dans ce domaine diffère selon les pays. Rares sont les États membres dont la législation pénale ou civile couvre spécifiquement l'appropriation illicite du secret d'affaires, la plupart d'entre eux s'appuyant sur le droit général de la concurrence ou de la responsabilité civile et sur certaines dispositions pénales.

Les différences entre droits nationaux résultent en une fragmentation de la protection juridique du secret d'affaires au sein du marché intérieur, comme le montre le tableau suivant, qui indique, pour les différents États membres, si le droit national couvre différents aspects importants que l'on peut attendre d'une telle protection.

Fragmentation de la protection juridique (exemples sélectionnés de mesures) Source des données: Baker & McKenzie (2013).

Exemples sélectionnés de mesures	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HU	IE	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK	UK
Secret commercial défini dans le droit civil			■		■				■				■		■	■					■	■		■		■	
Possibilité d'action en cessation contre des tiers de bonne foi	■				■	■	■	■			■			■		■		■				■					
Absence de délai pour les actions en cessation	■		■		■	■		■		■	■	■	■	■	■	■	■	■	■			■	■	■		■	■
Possibilité d'obtenir la destruction forcée des secrets d'affaires/des produits résultants	■	■			■	■	■			■		■	■	■	■	■		■		■	■	■	■	■	■	■	■
Calcul des dommages et intérêts sur la base de justes redevances	■					■	■		■				■		■					■							■
Règles de procédure visant à assurer le secret (procédures civiles)						■							■														■
Législation pénale suffisante	■			■	■	■	■		■	■	■	■										■	■	■			

N.B. Une cellule vide signifie que la mesure en question n'est pas prévue par la législation nationale

– a) Portée de la protection: peu d'États membres définissent le secret d'affaires et leur appropriation illicite, et certains ne prévoient pas du tout de dispositions spécifiques en la matière;

– b) réparations: il n'existe pas toujours de possibilité d'obtenir des mesures de redressement par voie d'injonction afin d'empêcher tous types de tiers d'utiliser de manière abusive un secret d'affaires (par exemple lorsque le secret d'affaires obtenu de façon illicite a été transféré à un tiers de bonne foi); il n'est pas toujours possible d'obtenir des actions en cessation sans limite de délai; il n'existe pas toujours de

possibilité d'obtenir la destruction ou la restitution de l'information obtenue de manière illicite ou des produits qui en résultent; les règles traditionnelles pour le calcul des dommages et intérêts (pertes ou manque à gagner réels) sont souvent inadaptées aux cas d'appropriation illicite de secrets d'affaires, sans que d'autres méthodes (par exemple le calcul du montant des redevances qui auraient été dues au titre d'un accord de licence) n'existent dans tous les États membres;

– c) confidentialité des secrets d'affaires au cours des procédures civiles: la plupart du temps, les règles nationales ne protègent pas suffisamment cette confidentialité, ce qui peut se traduire par la perte définitive du secret d'affaires si la victime choisit d'intenter une action en justice. Ce risque dissuade ceux qui sont victimes d'appropriation illicite de secrets d'affaires de demander réparation en justice;

– d) le vol de secrets d'affaires est une infraction pénale dans de nombreux États membres, mais pas tous, et les sanctions sont très variables.

Du fait de cette fragmentation de la protection, l'action en justice est un outil peu fiable pour protéger la propriété intellectuelle contre une appropriation illicite dans un contexte transfrontière. La fragmentation affaiblit aussi la protection offerte aux innovateurs de l'Union à l'encontre de biens produits à l'aide de secrets d'affaires volés et qui proviennent de pays tiers. Cette utilité limitée des règles nationales pour les détenteurs de secrets d'affaires se confirme dans la pratique, rares étant les entreprises défendant devant les tribunaux les secrets d'affaires qui leur ont été dérobés.

Deux **problèmes principaux** ont été constatés:

1) des incitations sous-optimales pour les activités d'innovation transfrontières. Lorsque des secrets d'affaires risquent d'être dérobés dans un contexte de protection juridique inefficace, les incitations à mener des activités (y compris transfrontières) en matière d'innovation sont réduites, du fait:

– i) de la plus faible valeur attendue des innovations fondées sur le secret d'affaires et des coûts plus élevés pour les protéger. D'une part, plus il est probable qu'un secret d'affaires sera dérobé un jour sans que son propriétaire ait beaucoup d'espoir d'être dédommagé, moins les investissements de ce propriétaire seront rentables. D'autre part, plus la protection juridique est faible, plus l'innovateur doit investir dans ses propres mesures de protection. 35 % des participants à l'enquête de 2012 ont déclaré avoir «augmenté leurs dépenses en mesures de protection» suite à des actes ou à des tentatives d'appropriation illicite;

– ii) du plus grand risque commercial lors de la transmission de secrets d'affaires. Par exemple, selon l'enquête de 2012, 40 % des entreprises de l'UE s'abstiendraient de communiquer des secrets d'affaires à des tiers, de crainte que ces informations ne soient divulguées sans leur autorisation ou à la suite d'une utilisation abusive;

2) l'avantage concurrentiel fondé sur le secret d'affaires est menacé (baisse de la compétitivité): la fragmentation de la protection juridique au sein de l'UE ne garantit pas une protection et un niveau de recours comparables dans tout le marché intérieur, ce qui fragilise la compétitivité fondée sur le secret d'affaires, qu'elle concerne ou non l'innovation, ainsi que celle de ses détenteurs. Par exemple, l'industrie chimique européenne, qui dépend fortement de l'innovation de procédé reposant sur des secrets d'affaires, estime que l'appropriation illicite d'un secret d'affaires peut, dans de nombreux cas, faire perdre jusqu'à 30 % du chiffre d'affaires. L'innovateur risque ainsi de ne pas pouvoir exploiter son secret d'affaires de manière rentable.

Cette situation nuit aux entreprises innovantes, en particulier aux petites et moyennes entreprises (PME), et à la coopération dans le domaine de l'innovation dans le **marché intérieur**. En raison de la disparité des niveaux de protection, les entreprises sont plus ou moins bien armées pour faire face aux défis d'une économie fondée sur l'information et pour tirer parti d'une infrastructure efficace de la propriété intellectuelle. La fragmentation du cadre juridique empêche les innovateurs d'exploiter pleinement le potentiel transfrontière du marché intérieur, ce qui a des répercussions sur les investissements, l'emploi et la croissance économique.

En l'absence d'action de l'Union européenne (**scénario de base**), les moyens de défense juridiques que les États membres mettent à disposition des détenteurs de secrets d'affaires sont insuffisants pour compenser les conséquences négatives de l'appropriation illicite de ces secrets.

3. SUBSIDIARITE

L'action de l'UE serait fondée sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, étant donné que l'amélioration des conditions propices à l'innovation et le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur sont au cœur de l'initiative. Le principe de **subsidiarité** serait respecté, les États membres seuls n'étant pas en mesure d'atteindre les objectifs de l'initiative. L'action de l'UE est particulièrement nécessaire en vue d'établir un cadre juridique susceptible de protéger et donc d'accroître le flux transfrontière des secrets d'affaires liés à l'innovation entre partenaires commerciaux et de recherche, en réduisant, voire en éliminant, les bénéfices tirés de l'appropriation illicite de telles informations. Ce flux d'informations est capital pour l'exploitation de l'innovation dans l'UE et pour la recherche et le développement.

4. OBJECTIFS

Objectif général: faire en sorte que la compétitivité des entreprises et des organismes de recherche européens qui se base sur des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) soit protégée de manière adéquate, et améliorer les conditions-cadres pour la mise au point et l'exploitation de l'innovation et pour le transfert de connaissances au sein du marché intérieur.

Objectif spécifique: accroître l'efficacité de la protection juridique des secrets d'affaires contre l'appropriation illicite dans tout le marché intérieur.

Cet objectif spécifique s'inscrit dans la stratégie plus générale de l'UE visant à promouvoir et à renforcer l'efficacité de l'infrastructure de propriété intellectuelle au sein du marché intérieur, compte tenu des objectifs de la stratégie Europe 2020 en matière d'innovation (cf. «Une Union de l'innovation»).

Il est conforme aux engagements internationaux de l'UE et de ses États membres dans ce domaine (cf. accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce).

5. COMPARAISON DES MESURES ENVISAGEES

Comparaison succincte des options	*Effet* [par objectif opérationnel]*	*Efficacité & coûts ***

Mesures envisagées	Protection de portée comparable	Possibilités de recours suffisantes et comparables	Confidentialité lors des actions en justice	Effet dissuasif	Coût	Efficacité
1. Statu quo.	0	0	0	0	0	0
2. Information/sensibilisation sur les recours existants en cas d'appropriation illicite de secrets d'affaires.	0	0/+	0	0/+	E	F
3. Illégalité des actes d'appropriation illicite des secrets d'affaires.	++	+	+	+	M	M
4. Convergence des recours nationaux de droit civil contre l'appropriation illicite de secrets d'affaires.	**++**	**++**	**++**	**++**	**M**	**E**
5. Convergence des recours nationaux de droit civil et pénal contre l'appropriation illicite de secrets d'affaires.	+++	++	++	+++	E	M

* Par rapport au scénario de base: --- très nette dégradation de la situation; -- nette dégradation de la situation; - légère dégradation; 0 pas de changement significatif; + légère amélioration; ++ nette amélioration; +++ très nette amélioration.
** Évaluation globale de l'option en ce qui concerne la réalisation des objectifs. F: faible; M: moyenne; E élevée.

Avec l'option 1, les dépenses en mesures de protection resteraient élevées et les entreprises seraient réticentes à participer à des réseaux d'innovation collaboratifs transfrontières. L'accent mis sur la prévention entraînerait des contraintes plus strictes en matière de recrutement et réduirait la mobilité des travailleurs. L'incitation moindre à l'innovation nuirait à la création d'emplois. Les surcoûts seraient proportionnellement plus élevés pour les PME. L'économie de l'UE subirait une perte d'efficacité en termes d'emplois, d'innovation et de croissance, et l'accès des consommateurs aux produits et services innovants serait limité.

L'option 2 améliorerait la capacité des créateurs et des innovateurs à faire face à l'appropriation illicite de leurs secrets d'affaires, renforçant ainsi la confiance. Toutefois, cette option ne permettrait pas d'atteindre efficacement l'objectif. En effet, elle nécessiterait des ressources et entraînerait des coûts supplémentaires liés à la compilation, la présentation et l'actualisation continue des informations dans toutes les langues et aux actions de sensibilisation régulières; les détenteurs de secrets d'affaires resteraient dans une situation de faiblesse à l'égard de l'appropriation illicite de leurs secrets d'affaires; la protection resterait inégale selon les pays de l'Union; et des biens produits dans des États membres où la protection est faible circuleraient dans le marché intérieur.

L'harmonisation de la portée de la protection du secret d'affaires, prévue par les options 3, 4 et 5, garantirait une protection légale identique et une plus grande sécurité juridique. Les conséquences en seraient les suivantes:

– i) la compétitivité des entreprises serait renforcée grâce à la plus grande protection transfrontière des avantages compétitifs des entreprises et à la meilleure affectation des ressources, puisque les dépenses en mesures de protection diminueraient, libérant des ressources pouvant être investies de manière plus productive;

– ii) les incitations en faveur d'activités innovantes (transfrontières) seraient renforcées, puisque les secrets d'affaires auraient une plus grande valeur et que le partage transfrontière de connaissances serait mieux protégé.

Il devrait en découler des effets positifs sur l'innovation (davantage d'investissements dans l'innovation, partage transfrontière de connaissances et retombées positives) et sur le marché intérieur en matière de créativité transfrontière et d'activités liées à la propriété intellectuelle. Ces effets devraient à leur tour être bénéfiques à la croissance économique et donner au consommateur plus de choix et un meilleur accès à de nouveaux produits et services. Ces options pourraient également contribuer à rendre plus faciles les changements d'employeur

dans le marché intérieur et la création de sa propre entreprise pour le personnel (hautement) qualifié (celui qui crée les secrets d'affaires ou y a accès).

L'option 3 demande simplement aux États membres de prévoir des recours effectifs et proportionnés, sans plus de précision, et ne porterait donc que sur une partie des dispositions nécessaires pour établir un cadre juridique efficace pour la protection des secrets d'affaires contre l'appropriation illicite. En outre, elle n'entraînerait pas d'harmonisation importante en ce qui concerne la confidentialité des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires. Les plaignants potentiels continueraient à devoir effectuer des analyses du risque pour chaque État membre. La réduction des coûts de l'information serait limitée.

L'option 4 entraînerait les mêmes effets positifs que l'option 3, décrits ci-dessus, et comprendrait en plus des mesures harmonisées pour empêcher des tiers d'utiliser ou d'exploiter des secrets d'affaires acquis de manière illicite, y compris, le cas échéant, en ce qui concerne les importations en provenance de pays tiers. Elle donnerait aussi plus de garanties en ce qui concerne la protection du secret lors des procédures judiciaires en créant un cadre juridique commun, ce qui permettrait d'éviter les coûts et les risques liés à une convergence insuffisante et les désavantages de l'option 3. En améliorant les moyens d'action et les dispositions en matière de dommages et intérêts, et en prévoyant la possibilité d'une plus grande confidentialité au cours des procédures judiciaires, on donne des garanties aux investisseurs et on favorise ainsi l'investissement dans l'innovation, en particulier transfrontière, et donc le fonctionnement plus harmonieux du marché intérieur.

L'option 5 ajouterait une harmonisation du droit pénal à l'option 4 en vue de rendre les règles plus dissuasives et de donner aux services répressifs chargés des enquêtes un meilleur accès aux moyens de preuve. Toutefois, cette option irait au-delà de la protection actuelle des droits de propriété intellectuelle en droit pénal, qui n'est pas harmonisée à l'échelon de l'UE. En outre, conformément au principe de proportionnalité, les dispositions pénales doivent toujours rester un dernier recours. Il faudra donc déterminer si les modifications proposées en matière de droit civil suffisent pour atteindre les objectifs.

L'option 4 est à privilégier.

Choix de l'instrument juridique: comme un instrument juridique non contraignant ne garantirait pas d'effets positifs, cette option devrait être mise en œuvre au moyen d'une **directive**.

6. INCIDENCE GLOBALE DE L'OPTION PRIVILEGIEE

La convergence des voies de recours en droit civil permettrait aux entreprises innovantes de défendre leurs secrets d'affaires légitimes de façon plus efficace dans toute l'UE. En outre, si les détenteurs de secret d'affaires pouvaient compter sur la confidentialité durant les procédures judiciaires, ils seraient davantage enclins à demander une protection juridictionnelle contre les dommages qu'ils pourraient subir en cas d'appropriation illicite de leurs secrets d'affaires. Une **sécurité juridique et une convergence légale accrues**, telles qu'elles résulteraient de l'option 4, contribueraient à accroître la valeur des innovations que les entreprises souhaitent protéger en tant que secrets d'affaires, puisque le risque d'appropriation illicite serait réduit.

Cette option aurait une incidence positive sur le fonctionnement du **marché intérieur**; elle devrait permettre aux entreprises, en particulier aux PME, ainsi qu'aux chercheurs de mieux utiliser leurs idées innovantes en coopérant avec les meilleurs partenaires de toute l'UE. Cette incitation à **innover**, de manière plus efficace, ainsi que les économies réalisées grâce à

l'abandon d'une partie des mesures de protection, devraient contribuer à accroître l'investissement privé en recherche et développement au sein du marché intérieur.

L'harmonisation du degré de protection offert dans les États membres permettrait de faire cesser, dans les mêmes conditions et dans tous les pays de l'UE, l'importation de biens provenant de **pays tiers** et produits grâce à l'appropriation illicite de secrets d'affaires.

Parallèlement, il ne devrait pas y avoir de restriction de la **concurrence** puisque cette option ne créerait pas de droits exclusifs, tout concurrent étant libre d'obtenir de façon indépendante (y compris par ingénierie inverse) les connaissances protégées par le secret d'affaires. Il devrait progressivement en résulter des effets positifs sur la compétitivité et la croissance de l'économie de l'UE.

L'option privilégiée n'aura pas d'**incidence sociale** directe au niveau macroéconomique, par exemple en ce qui concerne les taux d'emploi nationaux. Elle devrait toutefois avoir un effet indirect favorable sur la mobilité de la main-d'œuvre hautement qualifiée (celle qui a accès aux secrets d'affaires) au sein du marché intérieur, et sur le nombre d'emplois liés à l'innovation (grâce à l'accroissement des activités innovantes), contribuant ainsi à améliorer à plus long terme la situation de l'emploi au sein de l'UE.

L'option privilégiée ne devrait pas avoir d'incidence directe sur l'**environnement**.

La présente initiative n'a pas d'effet négatif sur les **droits fondamentaux**.

Les parties prenantes du secteur d'activité concerné qui ont répondu à la consultation publique et à l'enquête spécifique de 2012 se sont déclarées favorables à une action de l'UE visant à créer une protection effective et équivalente du secret d'affaires dans l'ensemble de l'Union. Les parties prenantes n'appartenant pas au secteur d'activité, quant à elles, ne jugent pas nécessaire une intervention de l'UE.

7. SUIVI ET EVALUATION DE L'OPTION PRIVILEGIEE

Trois actions seront entreprises: 1) un plan de transposition, 2) le contrôle régulier, par la Commission, de l'adoption correcte et en temps utile des mesures de transposition et de leur application, et 3) à moyen terme, l'évaluation des effets de l'initiative.