

LA PROTECTION DES SECRETS INDUSTRIELS *DE LEGE FERENDA* : LES
INTERETS EN PRESENCE

par François DESSEMONTET,
Professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg

Introduction

1. Faut-il modifier la protection des secrets de fabrication?
2. C'est l'analyse des intérêts en présence dans le domaine de la protection des secrets industriels qui permettra de répondre à cette question. En l'absence de données sociologiques, ce seront des hypothèses qui nous guideront, pour expliquer que la protection des techniques non brevetées suive aujourd'hui encore le modèle souhaité dès 1882 par la Société suisse pour l'industrie chimique.
3. A vrai dire, les normes actuelles sur la protection des secrets d'affaires n'ont pas suscité de débat important à l'époque de leur adoption définitive dans le cadre du Code pénal suisse¹. Cependant, si le public s'occupe peu de la protection du savoir-faire, l'administration s'en préoccupe davantage, comme en témoignent certaines conventions récentes de protection des investissements. Nous proposons donc une grille d'analyse fondée sur l'intensité plus ou moins grande de l'intérêt qu'ont les divers milieux concernés à la protection du secret industriel et à des mesures législatives nouvelles dans ce domaine (lesquelles ne sont pas concrètement envisagées, à notre connaissance du moins).

I. Les intérêts privés

1) Créateurs indépendants

a. *Inventeurs indépendants*

4. A l'origine des innovations, l'on rencontre souvent un individu plein de fantaisie ou de zèle : c'est "l'inventeur du dimanche", que ses recherches occupent rarement à temps complet.
5. Or, lorsqu'un résultat est atteint ou sur le point d'être atteint, cet inventeur se tourne vers l'industrie en proposant la cession de sa découverte. Souvent, les entreprises se montrent indifférentes. En général, on conseille d'obtenir un brevet, qui constituera à la fois une preuve de la valeur de l'innovation et une base tangible de négociations pour une licence. On pourrait donc croire que la protection légale des connaissances non brevetées est sans intérêt pour l'inventeur du dimanche. Pourtant l'entreprise qu'il a approchée sera quelquefois tentée d'exploiter directement ses propositions, sans attendre la délivrance d'un brevet. Vu l'inégalité de fait existant alors entre les parties, la protection de l'inventeur mérite d'être ancrée dans la loi, afin que son autorisation demeure toujours nécessaire et qu'il puisse l'assortir des conditions financières satisfaisantes.

Dans ce cadre restreint, il serait concevable par exemple d'instituer le dépôt secret d'une description des inventions non brevetées ou non susceptibles d'être brevetées, pour prouver la paternité de l'inventeur amateur sur telle solution technique. M. Bertin a ainsi proposé un système analogue à celui des enveloppes Soleau (A. Bertin, *Le secret en matière d'invention*, Paris, 1965); il le projetait d'ailleurs pour l'ensemble des techniques non brevetées dont la protection juridique est souhaitée, ce qui paraît excessif vu leur volume et le travail administratif formidable qui serait dès lors

¹ La seule critique contemporaine des travaux législatifs en la matière semble celle de E. HAFTER à propos de l'art. 273 CPS actuel, cf. E. HAFTER, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, Mélanges Fritz Fleiner, Zurich 1937, pp. 203 ss. Pour un point de vue peu critique, voir CH. HEROLD, *Zivil- und Strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes*, thèse Berne 1935, pp. 41 ss.

nécessaire. En Suisse, il est arrivé que des inventeurs déposent une description de leur invention sous pli scellé, daté et conservé par un notaire, afin de prouver aisément, en cas de besoin, l'antériorité de leur innovation.

6. Toutefois, les inventeurs indépendants concentrent d'habitude leur intérêt sur les grandes ou petites innovations dans la conception, le dessin ou la commercialisation des produits. Les procédés de fabrication proprement dits, l'adaptation et les modifications de techniques complexes demeurent en général hors de leur portée, puisqu'ils n'auront pas les moyens d'expérimentation requis, les installations de production par exemple, ou le support d'une équipe de recherche, sauf peut-être lorsqu'ils sont actifs dans une Haute Ecole.
7. Encore doit-on admettre qu'un ingénieur ou un technicien employé dans une entreprise s'intéresse à ses problèmes et puisse présenter des suggestions précieuses pour la rationalisation de la production. En tel cas, la loi doit déterminer si le savoir-faire appartient à l'individu ou à l'entreprise, et si par conséquent l'inventeur peut offrir ses idées à des tiers. C'est un domaine négligé, où l'on ne devrait pas appliquer sans autre les solutions retenues pour les inventions brevetables, alors même que l'art. 32 CO ne distingue pas, pour l'attribution des droits sur les inventions de service, entre les inventions brevetables et les autres².
8. Pour classer les intérêts de l'inventeur indépendant en matière de secrets industriels³, on formulera les remarques suivantes, suivant en ceci un schéma identique pour tous les cercles intéressés :
 1. **L'investissement** des inventeurs indépendants, surtout en temps, quelquefois en argent, est considérable. Ils le supportent seuls. Néanmoins, ils ne se vouent pas principalement au savoir-faire industriel, mais aux inventions isolées; ils laissent souvent aux entreprises le soin et les coûts de produire leurs innovations ou de les utiliser à l'échelle industrielle. D'où un jugement global d'intérêt relativement limité pour l'ensemble des questions que soulève le savoir-faire (++).
 2. Le **risque** couru par l'inventeur indépendant est certain; il le supporte d'habitude sans aucune assistance; là encore, le risque se rapporte pourtant à des inventions isolées plus qu'au savoir-faire proprement dit (++).
 3. **L'intérêt matériel** est important. Sans constituer le but unique du chercheur, c'est l'un de ses motifs essentiels. Une invention réussie peut d'ailleurs lui rapporter une somme beaucoup plus considérable que la compensation offerte parfois au chercheur salarié, si du moins une industrie s'y intéresse à des conditions équitables (+++).
 4. Les **intérêts idéaux** ne seront pas sous-estimés, mais ils ne paraissent de loin pas aussi considérables pour l'inventeur individuel que pour l'entreprise mettant au point un savoir-faire industriel quelconque et l'exploitant ensuite, et ces intérêts sont

² Voir K. Spöndlin, Zur Behandlung immaterieller Arbeitsergebnisse im Arbeits- und Auftragsverhältnis, Mélanges Frank Vischer, Zurich 1983, pp. 727 ss (spéc. p. 731); P. Münch et N. Herzog, Berechtigung an der Erfindung, in Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Bâle, Genève, Munich 2002, p. 77, n. 9, approuvant les observations critiques du prof. Spöndlin.

³ Suivant E. Somfai, Die Interessen im Patentrecht, Versuch einer rechtssoziologischen Analyse in GRUR 1971, pp. 183 ss (spéc. p. 187); nous utiliserons les symboles suivants pour résumer nos constatations :
+ : facteur positif, la répétition indiquant l'intensité; - : facteur négatif; 0 : facteur indifférent ou inexistant.

moindres que pour les inventeurs dépendants – dont les seules récompenses sont en Suisse ou au Japon, par exemple, bien souvent honorifiques (+).

5. Quant à l'**influence sur le secret** entourant ses connaissances, l'inventeur indépendant est normalement le maître absolu des divulgations éventuelles. Néanmoins, il ne peut exploiter pratiquement ses idées qu'en les dévoilant à des tiers, dont la discrétion naturelle et les obligations contractuelles expresses sont à l'heure actuelle les uniques garants de sa confiance. D'où son intérêt à une législation améliorée (voir ci-dessous chiffre 8), malgré sa maîtrise absolue du secret (+/-).

6. L'**influence** des inventeurs indépendants sur le législateur est nulle. Inorganisés, sans représentation dans les associations professionnelles, les services gouvernementaux ni les parlements, les inventeurs individuels n'ont guère voix au chapitre (---).

7. Quant à l'**effet concret du secret industriel** sur les travaux poursuivis par les inventeurs indépendants, il est sans doute limité. D'une part, ceux-ci ont moins accès aux expériences et aux techniques utilisées dans l'industrie de par leur position d'outsiders; vu le secret observé par l'industrie, ils peuvent moins aisément déterminer les besoins effectifs et les contingences d'exécution, d'où un haut déchet dans leurs propositions. D'autre part, même sans secret, la masse d'informations nécessaires pour réduire ce déchet ne leur serait pas accessible pour diverses raisons pratiques (pas l'index ni de répertoires, pas d'accès matériel aux ateliers et archives etc.) (+/-).

8. Toute **légalisation** renforçant la protection du savoir-faire serait à l'avantage des inventeurs indépendants, puisqu'elle consoliderait leur position face aux entreprises (+++).

b. Instituts de recherche universitaire

9. En général, les instituts de recherche universitaires se livrent à la recherche fondamentale. Il leur arrive de mettre au point des inventions d'usage pratique. La vente de ces découvertes à l'industrie permet alors le financement de nouvelles recherches. Les Universités ont pris conscience des avantages liés à la propriété intellectuelle, et certaines hautes écoles américaines détiennent un nombre considérable de brevets. Les instituts de recherche qui travaillent sous contrat règlent en détail les droits de propriété intellectuelle dans leurs conventions.

Bref, la propriété intellectuelle influence aussi l'activité des organisations de recherche. Celles-ci profiteront donc d'une protection nouvelle du savoir-faire, sous deux réserves pourtant.

10. D'une part, on l'a vu, les instituts de recherche ont pour but essentiel la recherche pure. Les innovations d'application industrielle ne représentent qu'un à côté de leur effort. Pour la propriété scientifique, elle n'est plus à l'ordre du jour, car les pays occidentaux ne sont pas prêts de suivre l'exemple des pays jadis socialistes en ce domaine. Le Traité de Genève de 1978 sur la propriété scientifique n'a rencontré aucun appui et il est demeuré lettre morte. En Suisse, on ne s'en préoccupe guère qu'en droit d'auteur ou en concurrence déloyale (Voir ATF 120 II 76 = rés. JdT 1994 I 365; Tribunal de district et Tribunal supérieur de Zurich *in* ZR 94 (1995), no 23).

A vrai dire, le statut du savoir-faire n'est ici plus en cause. D'une certaine façon, le savoir-faire est en effet l'antithèse de l'idée créative; c'est l'accumulation de l'expérience industrielle, le résultat d'innombrables essais, la leçon des erreurs. Dès

lors, sans cette expérience, il est improbable que les instituts de recherche universitaire puissent se dévoyer dans le développement de techniques non brevetées.

D'autre part, plus que les entreprises privées, les instituts scientifiques dépendent de l'imagination de leurs chercheurs. Or, ceux-ci désirent souvent publier leurs découvertes et leurs intuitions. En effet, contribuer à l'avancement de la science, dialoguer avec les autres spécialistes de même niveau, voilà les motifs habituels de leur ingrat labeur. Dans la mesure où la protection légale du savoir-faire exige le maintien des innovations dans le secret le plus complet, cette protection nuirait à la créativité des scientifiques. Certes le secret reste inévitable dans certains domaines de la recherche fondamentale. Il s'agit toutefois de situations qu'on souhaite exceptionnelles, dont la nature spéciale ne doit pas dicter les normes de droit commun; celui-ci garantira aux chercheurs la liberté d'expression, pour assurer les échanges fructueux entre savants. Seule les innovations réellement susceptibles d'utilisation industrielle doivent se trouver soustraites au public scientifique.

11. En conclusion, on tentera de résumer les intérêts des instituts de recherche universitaire à la protection du savoir-faire de la façon suivante :

(1) L'**investissement** qu'ils consentent spécifiquement pour la mise au point de savoir-faire est modeste ou inexistant. Celui-ci est en effet le fruit accidentel de projets orientés ailleurs (0). (2). Le **risque matériel** et moral est donc inexistant (0). (3) Les instituts ont un **intérêt matériel** certain mais limité à l'exploitation industrielle de leur savoir-faire occasionnel (++)). (4) Nuls **intérêts idéaux** ne paraissent en jeu; c'est ici une zone d'activités accessoires, à laquelle le grand public ne porte guère d'attention (0). (5) L'**influence** des instituts **sur le secret** entourant leurs découvertes est moindre que celle des entreprises privées, vu la nécessité des publications et des communications scientifiques (++)). (6) Leur **influence** sur une éventuelle solution législative des questions que suscite le statut légal du savoir-faire paraît pratiquement nulle, bien qu'on ne puisse l'exclure entièrement (+). (7) L'**influence du secret industriel** sur l'activité des instituts de recherche semble également négligeable (0). (8) L'**effet d'un statut légal amélioré** pour le savoir-faire industriel paraît minime (0).

2) **Entreprise créatrice de secrets industriels**

a. *Entreprise et individus*

12. C'est dans les entreprises privées que s'accomplit l'essentiel de la recherche industrielle. Or, les spécialistes de la propriété intellectuelle parlent volontiers des intérêts et des besoins de l'entreprise envisagée comme un tout. En réalité, les divers acteurs ont des intérêts différents et parfois divergents en matière de propriété industrielle. Qui sont ces intéressés ?

On peut recenser, en simplifiant □ le personnel en général; la direction et le management; les chercheurs; les techniciens de recherche et de production; le service de propriété industrielle; les actionnaires et leurs représentants; ainsi que les sous-traitants.

b. *Personnel non spécialisé*

13. Du point de vue numérique le groupe le plus important, le personnel non spécialisé ne se montre guère intéressé à l'innovation technique et à l'acquisition du savoir-faire.
14. Le personnel non spécialisé possède cependant un intérêt certain à l'amélioration de la productivité et à l'ouverture de nouveaux marchés, les corollaires habituels de l'innovation technique. En Suisse, la crise de l'horlogerie dans les années septante a

montré que le défaut d'innovation menace l'emploi bien davantage que les techniques nouvelles. Au surplus, la complexité des méthodes actuelles de production suppose que les entrepreneurs disposent d'une main d'œuvre qualifiée, et capable de se recycler.

15. En résumé, nous concluons : (1) Aucun **effort** n'est exigé du personnel non spécialisé pour mettre au point le savoir-faire industriel (0). (2) Le personnel court certains **risques matériels** dus aux dangers qu'entraîne la rationalisation pour le maintien de certaines places de travail et au déséquilibre financier qui peut affecter une entreprise ayant excessivement investi dans une recherche peut-être infructueuse (+/-). (3) L'**intérêt matériel** du personnel, qui profite de la prospérité générale de l'entreprise et de la productivité accrue, est certain, mais assez limité (+). (4) Nuls **intérêts idéaux** ne paraissent vraiment en jeu; au mieux, le personnel dans sa majorité sera satisfait d'appartenir à une entreprise innovatrice; jamais le discrédit d'un échec ne rejaillira sur ce groupe (+/0). (5) Le personnel n'a aucune **influence sur les exigences de secret** posées par la direction (0). Si les mesures de sécurité nécessaires sont omises, le personnel pourra pourtant être le canal de fuites graves (--). (6) Le personnel d'une entreprise donnée n'a guère d'**influence sur la législation** en matière de propriété industrielle (+). En revanche, les syndicats pourraient défendre les intérêts des travailleurs de façon très active pendant les débats parlementaires, s'ils s'y intéressaient de près (++). (7) L'**influence du secret industriel** sur le personnel non spécialisé est inexistante (0). (8) Une nouvelle **législation** en la matière lui serait indifférente, sauf pour les bénéfices généraux qu'en retirerait l'industrie (0/+).

c. *Direction et cadres*

16. Les personnes qui préparent et prennent les décisions peuvent être associées plus ou moins étroitement aux bénéfices de leur gestion grâce à des systèmes de bonus, d'options ou de primes; elles peuvent aussi se trouver organisées selon des schémas plus ou moins centralisés. Ces différences entre la situation des cadres d'une entreprise à l'autre entraînent naturellement certaines divergences dans leurs attitudes.
17. D'une part, les défis découlant de l'innovation ne seront le moteur des dirigeants que si l'entreprise leur garantit une part au bénéfice, ce que tolèrent les principes modernes du gouvernement d'entreprise; en revanche, les pertes résultant d'une recherche infructueuse ou trop onéreuse ne leur seront jamais imputées. La résistance au changement a pu être forte au sein des bureaucraties dirigeantes. Seule une large participation aux gains pourra peut-être en venir à bout.
18. D'autre part, certaines entreprises ont introduit une décentralisation interne des pouvoirs de décision. Par force, les secrets de toute sorte passent entre les mains d'un nombre plus élevé d'individus. Les risques de fuite augmentent d'autant. D'ailleurs la décentralisation paraît inévitable à long terme, sous l'effet de divers facteurs, notamment de l'emploi d'universitaires à tous les échelons importants de l'entreprise moderne; or, les universitaires de formation technique ou commerciale doivent jouir d'une liberté plus considérable pour déployer l'imagination qu'on attend d'eux. A longue échéance, il est probable que la décentralisation des structures de gestion entraînera un relâchement du secret d'affaires.
19. En résumé, on retiendra ce qui suit : (1) Le management **investit** beaucoup de temps dans la sélection des projets de recherche et l'analyse des résultats (++). (2) Le **risque matériel** est toujours présent (++), plus net encore si la direction est associée largement aux bénéfices (++++)). (3) L'**intérêt matériel** des managers est certain (++);

quand l'entreprise crée un savoir-faire nouveau et efficace, leurs gains peuvent être considérables s'ils sont intéressés aux bénéfices (++++). (4) L'**honneur** d'avoir encouragé la recherche couronnée de succès leur échoit sans partage (++++). (5) L'**influence** des dirigeants **sur le secret** régnant dans l'entreprise est forte (++++), sauf si les progrès de la décentralisation administrative élargissent le cercle des personnes ayant accès aux informations confidentielles (++)). (6) L'**influence sur le législateur** dépend de la taille de l'entreprise. Dans le cadre de la propriété industrielle, l'influence des dirigeants de grandes entreprises fut déterminante en Europe entière. Les modèles et inspireurs des lois sur les brevets du XIX^{ème} siècle furent de grands inventeurs comme Werner von Siemens, Carl Zeiss, Daimler, Benz, Krupp, et bien d'autres. Cette influence demeure très importante en Suisse (++++). L'influence des petites et moyennes entreprises s'exerce à travers les associations économiques et professionnelles (++)). Economiesuisse et l'USAM peuvent favoriser les innovations législatives en fait de propriété industrielle. (7) L'**effet du secret industriel** varie avec les structures□ dans les entreprises centralisées, seul un petit nombre de dirigeants a accès à toutes les connaissances confidentielles, privilège que compense une obligation stricte de secret et d'abstention de concurrence (++++); dans les autres, le nombre d'individus en contact avec les secrets est plus considérable, mais leurs obligations moins intenses (++)). (8) Une **législation** nouvelle sur le savoir-faire ne modifierait guère les droits ni les devoirs des dirigeants. L'obligation de discrétion en serait plus claire, mais certaines limites tenant à la mobilité des cadres et à leur liberté intellectuelle seraient peut-être consacrées dans la loi (+/-).

d. *Chercheurs*

20. Ce sont les chercheurs qui développent pour l'essentiel le savoir-faire nouveau. Parmi les divers groupes que nous examinons ici, ils se distinguent par leur nombre relativement restreint et leur imagination sans limites.
21. Pour l'heure, dans les entreprises helvétiques moyennes, les chercheurs ne semblent guère intéressés financièrement au résultat de leurs recherches, sauf parfois par des options sur actions.
22. Dans les petites entreprises en revanche, l'inventeur profite dans une large mesure des innovations qu'il suggère. La convergence des intérêts du petit entrepreneur et de l'inventeur explique en partie la fertilité des établissements mineurs dans l'innovation industrielle. Cette observation fait apparaître la nécessité d'une amélioration sensible de la position des inventeurs employés dans les grandes entreprises.
23. Si l'on passe aux intérêts idéaux, on constate que pour les chercheurs universitaires ou indépendants qui réussissent, les honneurs sont quelquefois considérables, mais inexistantes pour tous ceux qui sont employés. C'est par exemple la direction qui décide de déposer un brevet pour telle innovation et s'y refuse pour telle autre puisqu'elle les finance. Au surplus, l'influence que pourraient exercer les inventeurs dépendants sur la législation en matière de secrets et d'inventions de service est pratiquement nulle. Parce que les employés de recherche d'un niveau supérieur ne sont généralement pas syndiqués, aucune organisation n'existe pour faire entendre leur voix dans les travaux législatifs. Cette situation est paradoxale, car les chercheurs subissent de front la rigueur de mesures qui, édictées pour sauvegarder les secrets industriels de leur employeur actuel, restreignent leurs chances de trouver un emploi intéressant auprès de concurrents ou d'utiliser dans leur propre intérêt des techniques qu'ils ont eux-mêmes inventées. Le statut peu favorable des chercheurs en Suisse a même donné lieu, parmi d'autres causes, au phénomène de «*reverse drain brain*□» attirant les individus

les plus brillants aux Etats-Unis, où les départements de recherche de certaines entreprises comme Novartis les ont suivis.

24. En résumé (1) Les chercheurs **investissent** tout leur temps et toute leur énergie dans la recherche (++++). (2) Ils **risquent** relativement peu du point de vue matériel (+). (3) Leur **intérêt matériel** est maigre (++) . (4) Leurs **intérêts idéaux** sont essentiels (++++). (5) Leur **influence sur le secret** industriel est nulle (0). (6) Leur **influence sur le législateur** est nulle (0). (7) Leur activité est fortement **influencée par le secret** (++++). (8) Toute législation future devra améliorer leur lot (+++).

e. Techniciens

25. Il convient de ne pas sous-estimer le rôle important des techniciens, mécaniciens, analystes, pharmacologues et autres employés qualifiés pour le savoir-faire industriel. Qu'ils travaillent de concert avec les chercheurs ou qu'ils appliquent à la production les innovations livrées par les centres de recherche, les techniciens créent véritablement la plus grande partie du savoir-faire, c'est-à-dire l'ensemble des connaissances qui permettent l'exploitation industrielle d'une innovation.
26. Or, les pays occidentaux n'ont guère prévu de rémunération spéciale pour ces techniciens, contrairement aux pays jadis socialistes qui prévoyaient des récompenses afférentes aux propositions d'amélioration.
27. Pour nous résumer : (1) L'**investissement** des techniciens dans la recherche du savoir-faire est considérable, même s'il est collectif (+++). (2) Les **risques** sont nuls pour eux (0). (3) L'**intérêt matériel** est presque inexistant à l'heure actuelle (+/0). (4) Les **intérêts idéaux** sont quasi-absents (+/0). (5) L'**influence** de bonne foi **sur le secret** est nulle (0). (6) L'**influence sur le législateur** est identique à celle du personnel dans son ensemble (+/++). (7) L'**effet du secret** sur la carrière des techniciens existe quelque peu (++) . (8) L'influence d'une nouvelle **législation** pourrait être considérable (++++).

f. Ingénieurs-conseils

28. Le dernier groupe directement intéressé à la recherche et ses résultats, c'est évidemment les conseils en propriété intellectuelle et agents de brevets.

A vrai dire, il est rare que les entreprises helvétiques disposent de leurs propres services de propriété industrielle. Toutefois, d'un point de vue économique, les ingénieurs-conseils extérieurs dépendent fortement de la politique de leurs gros clients en matière de brevets. Dès lors, sans distinguer entre ces ingénieurs-conseils indépendants et ceux qui sont rattachés à une entreprise, on constatera qu'ils ne possèdent guère d'intérêt tangible à la protection du savoir-faire, tandis que toute demande de brevet leur apporte travail et prestige. Au surplus, la conclusion de contrats portant sur des techniques non brevetées leur échappe dans une plus grande mesure encore que celle de licences de brevets. Or, si l'on prend en considération l'influence exceptionnelle des agents de brevet sur l'évolution des législations, on verra dans cette indifférence l'une des causes majeures du vide législatif en matière de savoir-faire.

29. On conclura donc : (1) L'**investissement** de temps et de travail relatif au savoir-faire est limité, sauf pour la préparation des contrats de transfert (+). (2) Le **risque matériel** est nul (0). (3) L'**intérêt matériel** est secondaire, d'ailleurs compensé par l'intérêt supérieur des brevets (--). (4) Les **intérêts idéaux** sont inexistant (0). (5) L'**influence** des ingénieurs-conseils **sur le secret** est importante, puisqu'ils doivent souvent apprécier si une innovation est brevetable et proposer en conséquence le meilleur

moyen de protection juridique, compte tenu des avantages et des inconvénients des brevets et du secret (+++). (6) L'**influence sur le législateur** est forte (+++). (7) **L'influence du secret** sur les activités des ingénieurs-conseils paraît quasi-nulle, puisque l'agent de brevet est de toutes façons astreint au secret professionnel (0). (8) On ne peut estimer l'**effet d'une nouvelle législation** en matière de savoir-faire pour les ingénieurs-conseils sans prendre en considération les modalités de la protection ainsi reconnue : si la protection suppose des formalités administratives, un dépôt, une procédure d'opposition etc., les agents de brevet auront tout à y gagner (+++); sinon, la protection risque de tourner à leur détriment, en rendant moins intéressante la demande d'un brevet d'invention pour l'inventeur (---).

g. *Actionnaires*

30. Les actionnaires sont les premiers intéressés au bénéfice de l'entreprise. Or la recherche et le développement du savoir-faire peuvent accroître les profits mais aussi les menacer. L'attitude des actionnaires face à ce risque détermine souvent l'attitude de l'entreprise. Cette attitude peut varier suivant qu'ils s'engagent à court terme ou à long terme.
31. L'influence des actionnaires se perçoit encore mieux quand on compare la proportion du capital propre aux fonds étrangers. En théorie, plus le financement d'une entreprise dépend de capitaux étrangers, moins elle devrait risquer des opérations de recherche hasardeuses.
32. Entre les intérêts opposés des actionnaires face au savoir-faire, on cherche souvent des compromis. En général ceux-ci sont purement numériques, mais ils consistent parfois en l'institution de filiales ou de sociétés indépendantes à haut risque ("*capital ventures*"). Le rôle de telles entreprises dans le développement du savoir-faire est devenu de plus en plus important.
33. En résumé : (1) Les actionnaires **investissent** un certain capital dans la recherche, directement ou en renonçant à une partie de leurs dividendes (++). (2) Ils courent par conséquent un **risque matériel** certain (++); dans le cadre des petites entreprises d'avant-garde, ce risque est très considérable (+++). (3) L'**intérêt matériel** est proportionnel à l'investissement, donc plus grand pour les petites entreprises (+++), plus modeste à mesure que la taille grandit (++). (4) Les **intérêts idéaux** sont mal discernables (0). (5) L'**influence sur le secret** est nulle; par rapport aux secrets industriels, l'actionnaire ordinaire est traité comme un tiers (0). (6) L'**influence sur le législateur** est indéniable (+++), quoique plus modeste pour les petites entreprises (+). (7) L'**influence du secret industriel** sur l'activité des actionnaires est nulle (0). (8) L'intérêt d'une nouvelle **législation** en matière de savoir-faire existe, mais pour les actionnaires le renforcement de la protection légale accordée aux techniques non brevetées ne constitue évidemment qu'un facteur d'optimisation des bénéfices distribuables parmi bien d'autres (+), plus sensible pourtant dans les petites entreprises d'avant-garde (++).

h. *Sous-traitants*

34. Les sous-traitants dépendent largement des quelques entreprises qui leur commandent pièces détachées et fournitures diverses. Certains ne livrent qu'à un seul client ; la qualité de leur travail et leur souplesse d'adaptation jouent alors un rôle essentiel dans leur survie économique. Toutefois, tous les sous-traitants ne développent pas eux-mêmes le savoir-faire nécessaire à l'exécution des commandes en cause. La situation

varie de cas en cas. Il convient donc de distinguer entre les sous-traitants ayant une technologie autonome et les autres.

35. (1) Les sous-traitants **n'investissent** guère dans la création du savoir-faire (+). (2) Les sous-traitants sans base technologique propre **risquent** gros lorsque leur client principal introduit une innovation ☐ perte des commandes en tout ou partie, modification des installations de production, difficultés de main d'œuvre. En revanche, lorsque leur activité se fonde sur une technique propre, ils sont moins dépendants de leurs clients (+++). (3) Les **avantages matériels** paraissent paradoxalement plus faibles que les risques encourus. C'est que le sous-traitant dépourvu de technologie autonome n'est pas maître chez lui. Assurément, les contrats passés lui permettent sans doute de produire les fournitures requises avec un certain bénéfice, mais pour tout renouvellement des commandes, le client détenant un nouveau savoir-faire possède une position contractuelle beaucoup plus forte, puisqu'il est en mesure de transmettre les techniques nécessaires à tout concurrent sérieux du sous-traitant; d'où une pression inévitable sur le prix et la marge de bénéfice du sous-traitant (+). (4) Le sous-traitant ne partage aucun des **honneurs** dus aux créateurs de techniques nouvelles (0). (5) Le sous-traitant doit accepter les restrictions que son client pose à la diffusion des techniques communiquées dans le cadre de la sous-traitance; il est donc sans **influence sur le secret industriel** (0). (6) L'**influence sur le législateur** sera sans doute moins considérable que celle des grandes entreprises (+). (7) L'influence du secret dans les activités des sous-traitants est assez considérable (++). (8) L'utilité d'une législation nouvelle ne serait pas négligeable, surtout pour les sous-traitants qui disposent d'une technique autonome (+/++++).

3) Entreprises concurrentes

36. Dans l'état présent du droit, les concurrents incapables de percer le secret de techniques nouvelles n'ont que le choix de continuer la production traditionnelle, de procéder à leur propres recherches ou d'acquiescer l'innovation sous licence.
37. S'ils continuent sans plus la production traditionnelle, les concurrents **n'investissent** pas en particulier pour le savoir-faire (+), mais ils s'exposent alors à des **risques** considérables (+++), tant il est vrai que leurs **gains** peuvent décroître (---) et leur **renommée** souffrir de leur retard (---). Ils n'exercent assurément aucune **influence sur le secret** (0), mais leur situation n'est guère affectée par le maintien du secret, puisqu'ils ne modifient pas leur fabrication (0). Quant à leur **influence sur le législateur**, elle demeure identique à celle de l'industrie en général et nous la mentionnerons ici pour mémoire seulement (+/++++).
38. Si les concurrents se lancent en revanche dans leurs propres recherches pour rattraper l'entreprise innovatrice, ils se trouvent dans la situation de n'importe quelle industrie investissant dans la recherche. Toutefois, au lieu de bénéficier d'une avance technique sur la concurrence, source de profits immédiats et d'une implantation plus forte sur le marché, les concurrents seront dans cette hypothèse des suiveurs; ils maintiendront leur position dans le meilleur des cas, mais ils ne jouiront d'aucun monopole et ne retireront donc pas des profits maximaux du savoir-faire. D'où un **investissement** assez élevé (+++), accompagné d'un **risque** certain d'échec (++), de **profits** limités (++), de **mérite** fort restreint (+). S'y ajoutent une **influence** directe **sur le secret** industriel, qui varie naturellement avec la similitude des techniques développées parallèlement (+++) et un intérêt évident à la **protection légale** du savoir-faire, pour maintenir un avantage sur les concurrents n'ayant pas encore acquis ces techniques

(++), en dépit de la forte **influence qu'exerce la protection des secrets** du concurrent sur leur propre recherche (++)).

39. Enfin, si les concurrents peuvent acquérir le savoir-faire sous licence, l'**investissement** sera normalement plus limité que lors d'un développement indépendant (+); le **risque** peu considérable (+); les **profits**, usuels (++)), les **intérêts idéaux**, négligeables, sauf pour les succès que la répartition des efforts techniques provisoirement réalisées par l'accord de licence permet peut-être au licencié d'atteindre dans d'autres domaines ou dans l'amélioration de la technologie licenciée (+/0). L'**influence** du concurrent preneur de licence **sur le secret** sera en fait assez élevée (+++), mais des engagements contractuels l'empêcheront d'en abuser, d'où l'importance extrême du **statut légal** reconnu au savoir-faire, qui permet le respect de ces clauses de protection (+++). Dans la mesure enfin où la licence est complète, le **secret** entourant les techniques en cause n'aura guère de conséquence pour le licencié, puisque par la licence le voile du secret se trouve précisément levé pour lui (+/0). Une législation protégeant le savoir-faire immuniserait peut-être les preneurs de licence contre certaines restrictions à l'autonomie contractuelle qui pourraient dériver du droit anti-trust (++)).

4) **Preneurs de licences non-concurrents**

40. Deux types d'entreprises peuvent s'intéresser au savoir-faire d'une industrie donnée sans faire concurrence aux firmes actives dans la branche : les entreprises établies dans un autre marché géographique, et les entreprises travaillant en un autre secteur industriel. D'où deux transferts concevables : le transfert géographique et le transfert sectoriel.

a. *Transfert géographique*

41. Il arrive qu'une entreprise approvisionne un marché que, pour une raison ou une autre, le détenteur de savoir-faire ne pourra pas ravitailler lui-même. La conclusion d'une licence est alors bénéfique pour les deux parties. Nous sommes d'ailleurs dans l'un des cas habituels du transfert des techniques aux pays moins développés.

La situation du preneur de licence se laisse donc résumer ainsi : (1) Le licencié fait un certain **investissement** pour obtenir les techniques désirées (++)). (2) Le **risque** matériel est certain; le produit peut ne pas plaire sous d'autres cieux, ou ne pas être adapté aux conditions locales (+++). (3) Les **avantages matériels** sont grands en cas de succès; les marchés exotiques permettent une rente élevée des techniques (+++). (4) Le **prestige** est variable, mais parfois appréciable vu l'éloignement (+/+++). (5) L'**influence sur le secret** industriel est grande comme pour tout licencié (+++). (6) Mais l'**influence sur le législateur** est égale à celle de toute autre industrie dans le pays en question (+/+++). (7) L'activité du licencié est fortement **influencée par le secret** que tient à faire respecter le donneur de licence, et donc par le statut légal du savoir-faire (+++). (8) C'est pourquoi une nouvelle **législation** mettrait les détenteurs de techniques non brevetées en confiance et conduirait à la conclusion de contrats de licence plus nombreux encore, même si un préjugé général considère que la liberté des conventions est sans doute le meilleur garant des échanges de techniques (+++).

b. *Transfert sectoriel*

42. Une entreprise ne faisant pas concurrence au détenteur de savoir-faire s'intéresse quelquefois à ses innovations pour les adapter à sa propre fabrication.
43. Les transferts effectifs d'un secteur à l'autre s'expliquent souvent par un désir de diversification. Pour entrer dans un marché inconnu, la cession d'une technique

entière, l'achat d'une usine clé en mains, la reprise d'une société existante à cause de son savoir-faire sont infiniment plus simples que la mise sur pied autonome des installations de fabrication et le développement indépendant des techniques. En contrepartie de son appui, le détenteur de savoir-faire se montrera néanmoins pointilleux dans l'examen des conditions financières qui lui seront faites et dans l'élaboration des clauses destinées à protéger sa propre part du marché. Pour le reste, ce qu'on a vu des intérêts du donneur et du preneur de licence s'applique dans cette hypothèse aussi.

44. Pour conclure, résumons les intérêts des licenciés non-concurrents d'une autre branche □ (1) Les **investissements** sont parfois considérables; la licence ne donne en effet qu'un début technique, que le licencié doit adapter aux particularités de sa branche (+++). (2) Le **risque** matériel n'est pas plus important que celui d'un développement entièrement autonome de techniques semblables (++). (3) Les **gains** sont importants pour celui qui, le premier, transpose avec succès dans sa branche une technique idoine (+++). (4) Le **prestige** est certain (++). (5) L'**influence sur le secret** des techniques licenciées est aussi grande que pour tous les licenciés (+++). (6) □ l'**influence sur le législateur** égale celle des autres entreprises (+/+++). (7) Le **secret influe** fortement sur l'activité du licencié (+++). (8) Une **nouvelle législation** sur le savoir-faire, multipliant les garanties juridiques en faveur du donneur de licence, se répercuterait avantageusement sur les transferts de savoir-faire d'un secteur à l'autre (++).
45. Ce que fait ressortir cette revue des intérêts, c'est que les chercheurs et les techniciens, de même que les inventeurs indépendants, ainsi que les concurrents poursuivant leurs propres recherches et les preneurs de licence non concurrents sont les principaux intéressés à une législation protégeant mieux le savoir-faire. Or l'on a vu que seuls les industriels peuvent réellement influencer les travaux du législateur, à l'exclusion des individus. Dès lors, il n'est pas surprenant que la percée la plus remarquable dans notre domaine provienne des travaux de l'Uruguay Round; ils ont conduit à l'adoption de l'art. 39 ADPIC, qui constitue un renforcement sensible de la protection accordée au savoir-faire. Ce renforcement est dû aux responsables gouvernementaux du commerce extérieur, et non aux juristes et ingénieurs-conseils spécialisés dans la propriété intellectuelle – ce qui s'explique par le désintérêt de ces derniers pour tout système de protection accordée sans enregistrement et sans formalités.

B. Les intérêts publics

1) Les groupes d'intérêt

46. Notre société ne protège pas la propriété privée parce que sa protection est agréable à quelques-uns, mais parce qu'elle est dans l'intérêt général. Le savoir-faire rentre dans la propriété privée □ on parle à raison de « *proprietary information* ». Pour qu'on reconnaisse mieux encore cette propriété dans notre ordre juridique, il faut s'assurer qu'elle est aussi dans l'intérêt général.

Mais comment cerner cet intérêt public ? Dans le domaine de la propriété industrielle, on a assez naturellement admis que l'intérêt des industries suffisait à fonder les législations protectrices. Puis on a réalisé que le maintien du système ne dépend pas seulement des mérites que l'industrie peut lui trouver, mais aussi des pressions variées qu'exercent divers groupes d'intérêts. Au nombre de ceux-ci, on peut citer □ les autorités des offices de la propriété intellectuelle; les tribunaux spécialisés (quand ils existent); les associations internationales (Associations pour la protection de la

propriété industrielle, Fédération des ingénieurs-conseils etc.); les autres autorités administratives nationales; les législateurs; les organisations internationales (OMPI ou OMC par exemple); les autorités anti-cartellaires; les associations de consommateurs; et aussi les autorités fiscales.

Les intérêts propres et les conceptions de ces diverses autorités peuvent varier.

2) **Secret industriel et bien commun**

47. La Société a intérêt à soutenir la création des techniques et leur diffusion. Toute technique nouvelle n'est pas bonne en toute circonstance. Pourtant, la protection des inventions et des innovations est assurée dans quasiment tous les pays du monde, indépendamment de leur système politique, économique ou social. C'est que partout, l'on veut sanctionner la propriété naturelle d'un inventeur sur sa création; l'on désire récompenser son labeur; l'on doit stimuler la recherche en garantissant la rentabilité des énormes investissements requis; l'on encourage enfin la diffusion des connaissances. Aucune de ces raisons n'est préférable aux autres : elles valent toutes à la fois. Leur combinaison d'ailleurs se retrouve dans tous les systèmes de propriété industrielle, avec les formes diverses suivant les nations et les besoins du moment. Mais leur conjonction fait leur force.

48. Pour la protection légale du savoir-faire, la situation ne se présente pas autrement : il y a même droit naturel de propriété, ou, si l'on préfère, protection équitable du travail d'autrui tel qu'il s'accomplit dans la création intellectuelle; il y a un même désir de récompenser l'innovateur pour avoir enrichi l'industrie d'une connaissance utile; il y a l'identique nécessité de garantir la rentabilité des investissements consentis dans la recherche.

49. Ce qui fait défaut, à première vue, c'est la publication des techniques, pour assurer la diffusion du savoir. En effet, la protection du savoir-faire s'appuie sur le secret industriel. Cependant, la protection du savoir-faire encourage aussi, à sa manière, la propagation des techniques. D'abord, à l'intérieur des entreprises, parce que les responsables peuvent compter sur la discrétion des employés. Ensuite, avec les sous-traitants, puisque ceux-ci sont tenus de n'utiliser les connaissances transmises que dans l'intérêt de leur créateur. Enfin, entre les entreprises, par le biais des licences. Les restrictions insérées dans les licences de savoir-faire ne sont possibles que dans la mesure où l'ordre juridique reconnaît la propriété du savoir-faire, ou sa «réservation» par contrat.

A part ces effets bénéfiques directs, la protection du savoir-faire permet d'éviter une atmosphère de méfiance paralysante, et elle supprime en partie des contraintes peu propices à la création intellectuelle. L'efficacité de la recherche s'en trouve accrue.

50. D'autre part, le statut légal du savoir-faire ne sera pas celui de l'invention brevetée. Le brevet accorde un véritable monopole : le titulaire peut interdire aux tiers non seulement l'usage de son invention, mais aussi celui de leur propre invention si elle est identique. Un inventeur verra parfois ses efforts et son investissement ruinés par l'antériorité du dépôt du breveté. Or la protection accordée au savoir-faire n'aura jamais cet effet. Elle confirmera simplement la jouissance paisible de l'innovateur sur ses propres techniques, mais ne lui permettra pas d'interdire à un autre innovateur l'exploitation de techniques même identiques, si celui-ci les a développées en toute indépendance ou les a achetées d'un tiers lui-même créateur indépendant. Par conséquent, il serait erroné de soutenir que la protection du savoir-faire soustrait au domaine public des connaissances et des procédés qui en feraient déjà partie. En

réalité, l'existence d'un secret objectif signifie que le savoir-faire protégé n'appartient pas au domaine public.

51. Au fond, ce qu'interdit le droit du savoir-faire, c'est l'appropriation de techniques utilisées par autrui, dans l'idée que la piraterie n'est pas favorable à l'industrie dans son ensemble. Au surplus, même si un acte de piraterie paraît encourager la compétition dans un cas d'espèce, ce qui se répercute heureusement sur les prix, la Société n'a pas intérêt à le tolérer; la piraterie et l'espionnage industriel, en effet, ne figurent pas parmi les instruments de la politique économique que se donne une société civilisée. La protection du savoir-faire restreint certes la liberté des pirates, mais lui en fera-t-on reproche ?

3) Secret industriel et entreprises helvétiques

52. D'après des statistiques très générales, la Suisse est l'une des plaques tournantes du transfert des techniques. On admettra l'existence d'un excédent sensible des redevances versées aux sociétés helvétiques sur les redevances qu'elles versent à des sociétés étrangères. Assurément, une partie importante des ressources ainsi obtenues ne fait que transiter en Suisse, avant d'être rapatriée comme bénéfiques de capitalistes étrangers, ou d'être réinvestie dans une société sœur en dehors de nos frontières. Toutefois, une fraction appréciable des redevances profite à l'industrie indigène; celle-ci en effet exploite de nombreuses installations à l'étranger; elle a atteint un niveau technique parfois remarquable□on recherche son savoir-faire, on se lance avec elle dans des entreprises communes. Vu l'étroitesse du marché suisse et les limites environnementales mises à l'extension de nos productions de pointe, cette tendance à l'exploitation par le biais de licences se poursuivra en dépit des aléas de la conjoncture.
53. Or, parmi toutes les licences, les transferts de savoir-faire sont maintenant les plus nombreux, spécialement dans nos rapports avec les pays émergents. Pour encourager encore les contrats de savoir-faire, il faut maintenir dans notre législation une protection légale sûre pour le savoir-faire industriel. Cette protection est nécessaire d'abord dans les relations de notre industrie avec l'étranger. Pour prendre un exemple parlant, un rapport de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement quant aux transferts de techniques dans l'industrie pharmaceutique s'élevait contre le respect de ces secrets industriels que constituent les informations sur la technologie de fabrication des produits pharmaceutiques; le «~~S~~ecret industriel□ et «~~l~~éthique commerciale□ auraient constitué des obstacles aux politiques nationales des pays en voie de développement dans ce domaine. En réalité, un certain nombre de renseignements fournis aux autorités administratives intéressées ne seraient jamais communiqués si les fabricants n'avaient pas l'assurance que ces données seront traitées confidentiellement; les conséquences pour la santé publique des pays en cause se révéleraient catastrophiques. Cependant la tentation était grande pour les experts du tiers-monde de réclamer l'abolition de la protection légale reconnue aux secrets. Aussi l'adoption de l'art.□9 (3) ADPIC a-t-elle remédié aux pressions qui s'exerçaient dans un tel sens.
54. Ensuite, une protection spécifique du savoir-faire est désirable à l'intérieur même du pays. Traditionnellement, la protection du savoir-faire se trouve assurée par les dispositions sur le secret de fabrique et de commerce. Mais le droit des secrets a mal vieilli; certaines branches en sont desséchées, tel l'article 273 CPS et la protection indiscriminée de tous les secrets d'affaires. Il s'agit d'émonder la loi et la jurisprudence, pour ne retenir que ce qui mérite encore pleine protection.

C. Synthèse

55. On relèvera qu'une modification importante du droit applicable au savoir-faire ne paraît pas se profiler à l'horizon des prochaines législatures. A l'heure actuelle, la législation suisse répond presque sur tous les points aux exigences de l'article 39 ADPIC. Aucun lobby ne désire réellement modifier le droit. Les dernières statistiques américaines (pour l'année 2002) manifestent une augmentation sans précédent des demandes de brevets, liée en partie à la brevetabilité américaine du logiciel. En effet, environ 150'000 demandes ont été déposées, ce qui signifie une augmentation d'un tiers. Dès lors, l'attention se portera plus sur les réformes du droit des brevets que sur le savoir-faire.
56. Quant au domaine essentiel des licences de savoir-faire, il ne fait guère l'objet de précédents judiciaires, car on vide les litiges surtout devant les tribunaux arbitraux (*Cf.* entre autres *Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001)*, p. 167 et *XXII (1997)*, p. 82). On ne s'attendra pas à modification de cet état de choses dans le proche futur.
57. Cette constatation ne nous empêchera pas de proposer une modification des textes actuels sur le secret de fabrication□

Art. 6bis LCD**Violation de renseignements protégés**

1. Agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite ou divulgue des renseignements, pour autant qu'ils :

a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et

c) aient 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 secrets.

2. Toute personne physique ou morale est en droit de s'opposer à ce que de tels renseignements licitement sous son contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans son consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes.

3. La responsabilité de celui qui exploite ou divulgue des renseignements protégés s'apprécie conformément aux articles 41 et 423 CO.

Art. 162 CP**Violation du secret de fabrication ou du secret commercial, ou de renseignements protégés**

Celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial ou un renseignement protégé qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle,

celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers,

sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Art. 321a CO**Diligence et fidélité à observer**

(...)

4. Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires ou les renseignements protégés dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.