université PARIS-SACLAY

NNT : 2018SACLV073

UNIVERSITÉ DE VERSAILLES ST-QUENTIN-EN-YVELINES

université PARIS-SACLAY

La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques

Etude à partir de la liberté d'entreprendre, de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence des opérateurs économiques

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université de Versailles Saint Quentin-en-Yvelines

École doctorale n°578 : sciences de l'homme et de la société (SHS)
Spécialité de doctorat : sciences juridiques

Thèse présentée et soutenue à Guyancourt, le 13 décembre 2018, par

Jeanne RICHARD

Composition du Jury :

Jean LAPOUSTERLE Professeur, Université Paris Sud	Président
Emmanuelle CLAUDEL Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas	Rapporteur
Georges DECOCQ Professeur, Université Paris-Dauphine	Rapporteur
Mélanie CLEMENT-FONTAINE Professeur, Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines	Examinateur
Valérie-Laure BENABOU Professeur, Université d'Aix-Marseille	Examinateur
Muriel CHAGNY Professeur, Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines	Directeur de thèse

Thèse de doctorat

université PARIS-SACLAY | ÉCOLE DOCTORALE Sciences de l'homme et de la société (SHS)

Titre : La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques

Mots clés : Information, divulgation, secret, libertés économiques

Résumé : La détention et l'exploitation de l'information apparaissent au cœur du développement de l'économie contemporaine, faisant de l'identification ainsi que de la protection de l'information des enjeux permanents pour les opérateurs économiques. Mais toutes les informations ne se valent pas. Seules celles bénéficiant d'une protection directe ou indirecte et conférant un avantage concurrentiel font l'objet d'un contrôle attentif des entreprises et des autorités de concurrence. Dans ce contexte, les libertés économiques, circonscrites à la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre et la libre concurrence, constituent alternativement un guide, un support ou une limite à la divulgation de l'information protégée.

Justifiant l'absence de divulgation de certaines informations protégées, les libertés économiques consacrent le respect des secrets d'affaires. A l'inverse, elles peuvent imposer une divulgation et en dicter les modalités. Suivant un mouvement de balancier, les conditions de divulgation de l'information protégée, au sein d'échanges informels, dans le cadre d'opérations de normalisation, ou dans une optique de libre mise à disposition, influencent à leur tour les libertés économiques qui s'en trouvent contraintes, renforcées ou renouvelées. Au regard de ces interactions constantes dessinant un cadre évolutif, il importe de s'interroger sur la réalité de l'autonomie de la volonté des opérateurs économiques dans la gestion de leurs informations protégées.

Title : Disclosure or protected information and economic freedoms

Keywords : Information, disclosure, secret, economic freedoms

Abstract : *Possession and exploitation of information are essential to the development of the contemporary economy, making the identification as well as the protection of information permanent stakes for economic operators. But information is not always given the same value. Only those which are granted direct or indirect protection, and which give a competitive advantage are subject to close scrutiny by companies and competition authorities. In this context, economic freedoms, circumscribed by contractual freedom, freedom of enterprise and free competition, may in turn be considered as a guide, a support or a limit to the disclosure of protected information.*

Justifying the lack of disclosure of some protected information, economic freedoms ensure the respect of trade secrets. Conversely, they may force the disclosure of protected information, and dictate the terms of this disclosure. Following a pendulum movement, the conditions for disclosure of protected information, in informal exchanges, in the framework of standardization operations, or in view of free provision, influence economic freedoms which in turn are constrained, reinforced or renewed by this operation. Following these constant interactions that draw on an evolving framework, it appears important to question the real autonomy of the economic actor's will in the management of their protected information.

Université Paris-Saclay
Espace Technologique / Immeuble Discovery
Route de l'Orme aux Merisiers RD 128 / 91190 Saint-Aubin, France

A Vincent, Jules et Clément

Remerciements

Je tiens à exprimer ma sincère reconnaissance à Madame le professeur Muriel Chagny qui m'a fait confiance en acceptant de diriger ce travail et l'a suivi avec attention et clairvoyance.

Ma plus profonde gratitude va à mon époux et mes enfants qui ont su faire preuve d'un soutien à toute épreuve et d'une patience infinie.

Je remercie également mes parents, mes frères et mes amis pour leur bienveillance et leurs encouragements, tout particulièrement Marie, Camille et Alice, Fanny et Laurent, Marie-Cécile, Fanny et Virginie, Gaspard, Lénaïc et Nicolas.

SOMMAIRE

Introduction		13
Partie I	**L'assujettissement de la divulgation de l'information protégée aux libertés économiques**	35
Titre 1	**La mise à l'écart de la divulgation de l'information protégée par les libertés économiques**	37
Chapitre 1	La préservation du secret garantie en principe par les libertés économiques	38
Chapitre 2	La préservation du secret assurée en pratique par les libertés économiques	84
Titre 2	**La justification de la divulgation de l'information protégée par les libertés économiques**	152
Chapitre 1	L'organisation des modalités de la divulgation par les libertés économiques	153
Chapitre 2	L'injonction du principe de la divulgation par les libertés économiques	206
Partie II	**L'affectation des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée**	271
Titre 1	**L'ambivalence des effets de l'échange d'informations protégées sur les libertés économiques**	273
Chapitre 1	L'échange d'informations protégées au service des libertés économiques	275
Chapitre 2	L'échange d'informations protégées au préjudice des libertés économiques	307
Titre 2	**La stimulation des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée**	362
Chapitre 1	L'affermissement des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée	363
Chapitre 2	Le renouvellement des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée	417
Conclusion		476

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFEC	Association française d'étude de la concurrence
Aff.	affaire
Ann.	Les annales de la propriété intelectuelle
Art	article
AJ Contrats d'affaires	Actualités juridiques des contrats d'affaires
AJ pénal	Actualités juridiques du droit pénal
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Ass plen	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de la République française
Bull Civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull Crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
Cass Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass Soc	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CBE	Convention sur le Brevet Européen
ccc	revue Contrat – Concurrence – Consommation
cce	revue Communication – Commerce électronique
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Commission européenne

Cons. conc	Conseil de la concurrence
Cons. const	Conseil constitutionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
éd.	édition
Et s. :	et suivants ou suivantes
Ex	exemple
Fasc	fascicule
form.	formulaire
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Infra	ci-dessous
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle
Jcl	Jurisclasseur
JO	Journal officiel
JCP E	La semaine juridique édition entreprise
JCP G	La semaine juridique édition générale
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce law
LPA	les Petites Affiches
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Ompi	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PIBD	Propriété Intellectuelle - Bulletin Documentaire
Prop Int	revue Propriétés intellectuelles
R&D	recherche et développement
RDC	revue des contrats
REM	revue européenne des médias et du numérique
RFDA	revue française de droit administratif
RIDE	Revue internationale de droit économique
rlc	revue lamy de la concurrence
rlda	revue lamy droit des affaires
rldciv	revue lamy droit civil

rldi	revue lamy droit de l'immatériel
RSC :	revue de sciences criminelles
RTDCiv	revue trimestrielle de droit civil
RTDCom	revue trimestrielle de droit commercial
RTDEur	revue trimestrielle de droit européen
Spéc.	spécifiquement
Sté	société
Supra	ci-dessus
T. Com	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
TUE	Tribunal de l'Union européenne

INTRODUCTION

« *Être libre et agir ne font qu'un.* »
Hanna Arendt[1]

1. « *Selon qui la détient et l'usage qu'il en fait, l'information peut être un phare, un bâton, un rameau d'olivier, une dissuasion. Son pouvoir est tel que la seule supposition d'une information, même dépourvue de toute réalité concrète, fait réfléchir*. »[2] Porteuse de promesses ou de menaces, l'information plane au-dessus de nos sociétés contemporaines, tel un oiseau augurant de notre avenir. Simple outil ou légendaire pythie, son sort se noue ou se dénoue selon la place qui lui est accordée. L'information est, à la fois, un signe et le résultat d'une communication. Elle ne peut pour autant se réduire à cette seule définition.

2. Les définitions de l'information. Information brute, création ou résultat de recherches et de raisonnements intellectuels poussés, l'information est multiforme[3]. Sa diversité n'a d'égale que la variété de ses formulations. Il importe en conséquence de délimiter cette notion mouvante, qui nécessite avant toute chose un retour aux origines.

3. Origine étymologique. L'information vient du verbe latin *informarer*[4] qui signifie, en premier lieu, façonner, former et, en second lieu dans un sens figuré, décrire, organiser, se représenter par la pensée[5]. Le Professeur Catala retient ainsi deux significations : donner forme, d'une part, et mettre au courant, faire part, instruire, d'autre part[6]. En d'autres termes,

[1] H. Arendt, « La crise de la culture », « IV - Qu'est que la liberté ? », éd. Folio Gallimard, Coll. Essais, 1972, p.198
[2] Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner, "Freakonomics", éd° Denoël, Collection Folio actuel, 2011, p.104
[3] J.-Ch. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », D., 1994, chr., p. 229, n°14 : à titre d'exemple « *d'une façon générale, tout ce qui est incorporel et peut avoir une valeur patrimoniale* » à titre d'exemple pour tout ce qui est décrit comme « information » dans les contrats de recherche (inventions, formules, méthodes, plans, procédés, expérience, savoir-faire, etc…)
[4] Selon le Trésor de la Langue française cité par M. Vivant, in « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », Revue internationale de droit économique, 2006/4 t. XX, 4, p. 361
[5] Dictionnaire latin-français de F. Gaffiot, éd. Hachette, 1937, Définition du verbe *informare*
[6] P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D., 1984, chr., p. 97

le verbe latin peut se traduire par donner ou recevoir une forme[7]. Plus proche d'une lapalissade que d'une définition, ce retour aux sources pourrait tourner court. Elle sous-tend néanmoins l'existence de deux éléments dont la nécessaire réunion a été retenue par un auteur pour caractériser l'information : sa formalisation et sa transmission[8]. Elle rejoint en cela la définition proposée par le « Vocabulaire juridique de l'Association Capitant présentant l'information comme « *le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui* »[9].

4. Origine réglementaire. Pour tenter de saisir le sens de l'information, il est également possible d'évoquer l'arrêté du 22 décembre 1981[10] relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique. Celui-ci caractérise l'information comme un « *élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué* ». La portée de cette proposition est toutefois trop circonscrite, d'une part, dans son domaine d'application expressément limité à l'informatique, et d'autre part, dans sa valeur juridique résidant dans un simple arrêté, pour être admise de manière générale. Il faut alors se référer à des analyses doctrinales cherchant à cerner les contours de l'information pour la qualifier juridiquement. Deux cheminements peuvent être décelés : certains auteurs[11] mettent l'accent sur la fonction de l'information, tandis que d'autres[12] se concentrent sur sa nature.

5. Appréciation doctrinale. Le Professeur Catala y voit une « *formulation destinée à rendre un message communicable* »[13]. L'objectif de transfert, manifestant la dimension « dynamique » de l'information[14], est mis au cœur d'une définition téléologique de celle-ci[15]. Dans cette acception, l'information échangée entre détenteur originaire et destinataire, est

[7] M. Vivant, in « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », précité
[8] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », thèse sous la direction de G. Loiseau, soutenue le 31 mars 2017 à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, pt 100
[9] Cornu, G. (ss dir.), Association Henri Capitant, « Vocabulaire juridique », éd. PUF 12ème édition 2018, Coll. Quadrige, Définition de « Information »
[10] Arrêté du 22 décembre 1981, JO NC, 17 janvier 1982, p. 625
[11] Voir notamment P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », précité ainsi que J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », Droit & Patrimoine, mars 2001, p. 64 et E. Daragon, « Etude sur le statut juridique de l'information », D. 1998 p.63 concluant que « *l'information est un message porteur de signification dont la valeur patrimoniale est fonction de sa densité informative*. »
[12] J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », D., 1994, chr., p. 229, n° 26
[13] P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », précité, spéc. n° 5
[14] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », précité, pt 99
[15] O. Hance, « L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information », rldi n°75, octobre 2011, p.66 : « *l'information est tout entière inscrite dans sa communication qui, seule, lui donne son sens, son utilité et sa valeur* »

rendue intelligible pour ces deux personnes, quel que soit le support envisagé[16]. Dans le cas particulier du logiciel où l'information est uniquement compréhensible par des machines[17], il importe de s'interroger sur le point de savoir si le message doit être considéré indépendamment de son récepteur, humain ou machine. A notre sens, l'information doit être appréhendée comme l'expression d'un message, quel que soit son destinataire, dans la mesure où si celui-ci peut dicter sa forme, il n'influe pas sur le fond.

Le Professeur Passa retient une description plus large de l'information qui se concentre sur le contenu, mettant en avant son importance économique. Il évoque un « *élément de connaissance de l'état du réel, doté d'une valeur économique en raison de l'intérêt que son acquisition peut présenter ; elle serait en somme synonyme de valeur économique immatérielle* »[18]. Cette définition séduisante pèche toutefois, comme le souligne son auteur, par l'absence de rattachement à une catégorie juridique déterminée. La valeur économique ne s'avérant pas suffisante pour fixer les limites de la notion, il est nécessaire d'examiner la nature intrinsèque de l'information. Le Professeur Galloux, suivant cette démarche, en déduit la qualification juridique d'une chose[19]. Néanmoins, comme « *tout est chose* »[20], la question évolue vers la possibilité de l'intégration de l'information à la catégorie des biens[21], susceptibles d'appropriation[22].

Madame Marine Bigot-Destreguil a réuni ces visions en proposant une définition selon laquelle « *l'information est une donnée – ou un ensemble de données – mise en forme, transmise et interprétée par un récepteur* »[23] qui peut être qualifiée de bien dès lors qu'elle est dotée d'une valeur dite « valeur-investissement », c'est-à-dire prenant « *sa source dans les investissements qui ont été consentis* »[24] en vue de son obtention. Cette appréciation de l'information s'effectue particulièrement au regard du droit civil, en marquant les spécificités de ce bien au regard des attributs classiques de la propriété[25]. Il convient de compléter cette réflexion au regard de l'environnement présidant à la divulgation de l'information. Celle-ci

[16] Il est d'ailleurs à noter que l'information est désormais détachée de tout support physique, comme le symbolise le recours au *cloud* cf H. Zech, « Information as Property», 6 (2015) JIPITEC p.192
[17] H. Zech, « Information as Property», précité
[18] J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », précité
[19] J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », précité, n° 26
[20] M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », précité
[21] Entendu comme « toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité » cf F. Zénati-Castaing et T. Revet, Les biens, 3e éd., 2008, PUF, n°2, p. 21
[22] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », précité ; voir également H. Zech, « Information as Property», 6 (2015) JIPITEC p.192 et P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », précité
[23] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », précité, pt 100 ; sur la distinction entre information et donnée, voir *infra* n°7
[24] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », précité, pt 167 et suivants
[25] *Ibid.*., pt 396 et suivants

doit alors être appréciée à l'aune des influences exercées par des droits plus « économiques » sur sa gestion par les opérateurs qui en sont détenteurs. Outre le droit de la concurrence qui fait partie intégrante de cette étude, le droit financier peut également être évoqué. La divulgation de l'information est strictement réglementée dans ce cadre et son usage illicite peut être sanctionné pénalement[26]. En d'autres termes, même si elle comporte des caractères systématiquement présents tenant à sa nature, une information ne nous semble pas devoir être appréhendée indépendamment du contexte dans lequel elle est envisagée[27].

6. Les caractères de l'information. L'information est un bien non rival[28] : elle peut être exploitée par plusieurs « usagers » sans qu'elle s'épuise. Une fois l'information transmise, son détenteur initial ne s'en trouve pas pour autant dépossédé[29] et elle peut être utilisée concomitamment par celui-ci et son destinataire sans que leurs usages respectifs interfèrent sur son contenu. L'information est, en principe, un bien non excluable : il n'est pas possible d'exclure un utilisateur, c'est-à-dire un individu qui en aurait connaissance, quand bien même il ne prendrait pas part au financement du bien[30]. Il en résulte que sa transmission ne peut qu'être définitive : une fois communiquée, l'information ne peut plus être ignorée, seul son usage pourra, le cas échéant, être contrôlé, par le biais de mécanismes « technico-juridiques »[31]. Cette particularité emporte de lourdes conséquences dans la manière dont les détenteurs de l'information vont souhaiter la communiquer ou, au contraire, la préserver. L'une des caractéristiques de l'information est, enfin, son omniprésence dans la société contemporaine, le qualificatif de société de l'information[32] étant symptomatique de son

[26] Article L465-1 du code monétaire et financier

[27] Contexte perceptible à travers le qualificatif qui accompagne souvent sa mention : « Information privilégiée » dans le cadre du droit financier, « information publique » visée dans la Loi n°2016/1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, « information protégée » au sein de la présente étude…

[28] N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », D., 1997, chr., p. 330, citant E. Mackaay ; G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », éd. LGDJ Bibliothèque de droit international et communautaire Tome 124, 2009 ; voir également F.Lévêque et Y.Ménière, « The Economics of Patents and Copyright », The Berkeley Electronic Press, 2004 – Voir également la publication française de cet ouvrage « Economie de la propriété intellectuelle » aux Editions de La Découverte, Coll. Repères, 2003

[29] E. Daragon, « Etude sur le statut juridique de l'information », précité

[30] F.Lévêque et Y.Ménière, « Economie de la propriété intellectuelle », précité

[31] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », précité, pt 18

[32] Voir notamment S. Lemarchand, O. Fréget et F. Sardin, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », Prop. Int. n°6 Janvier 2003, Doctrine p.11 ; également M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », précité ; ainsi que la Résolution du Conseil du 21 novembre 1996 sur les nouvelles priorités politiques concernant la société de l'information, JOCE 12 décembre 1996, nº C 376, p. 1-5 ; et la décision du Conseil du 30 mars 1998 portant adoption d'un programme communautaire pluriannuel pour stimuler la mise en place de la société de l'information en Europe (« société de l'information »), JOCE 7 avril 1998, nº L 107 p. 10-15

importance économique. Une telle consécration va de pair avec l'essor des données et il importe à cet égard de distinguer les deux notions.

7. Information et donnée. Il est délicat de retenir une signification unique de la donnée ou *data*, qui apparaît comme un terme « *volontairement indéfini* »[33] afin de couvrir des réalités variées. A l'instar de l'information, la donnée est le plus souvent assortie d'une précision de nature à circonscrire son domaine. Sont ainsi évoquées les données personnelles, les données publiques, *etc*… les mettant notamment en relation avec la personne dont elles émanent[34].
Les relations entre donnée et information sont très étroites[35] et il peut paraître malaisé de les dissocier. A cet égard, Madame Bigot-Destreguil qualifie l'information de « donnée » ou « d'un ensemble de données »[36]. Considérer les deux locutions comme parfaitement synonymes ignorerait les éléments supplémentaires de définition apportés par cet auteur. En effet, suivant sa réflexion, cette donnée doit, de surcroît, être mise en forme, transmise et interprétée par son récepteur[37]. La donnée couvre ainsi un spectre plus large que l'information : elle comprend également des éléments bruts, statiques, tels que les données émanant de véhicules ou d'autres appareils connectés[38], les données cadastrales, données de consommation énergétique… L'information se caractérise en revanche par une formalisation spécifique, une transmission dynamique et une réception expresse. Une seconde différence réside dans la possibilité pour une information de détenir une valeur intrinsèque, à l'inverse des données pour lesquelles une opération supplémentaire de traitement est nécessaire. En conséquence, l'information n'est pas une « simple » donnée, mais une donnée parée de caractères spécifiques.
Si l'information a pu être qualifiée de bien, la question s'est également posée pour la donnée, afin d'en réglementer l'appropriation. La réflexion, engagée sous l'égide de la Commission européenne, s'est orientée vers une possible consécration d'un nouveau droit de propriété intellectuelle[39]. La propriété des données a en effet pu être décrite comme un actif valorisable

[33] C. Zolynski, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes? », Dalloz IP/IT 2018 p.94
[34] *Ibid.*.
[35] Voir le Rapport « Droit de la concurrence et données », Aut. conc. et Bundeskartelamt, 10 mai 2016
[36] M. Bigot-Destreguil, « Le bien-information », précité, pt 100
[37] *Ibid.*.
[38] Les compteurs linky et gaz à titre d'exemple
[39] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015) 192 final du 6 mai 2015, point 4.1 ; voir également l'Avis du Conseil du Conseil national du numérique sur la circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://cnnumerique.fr/files/uploads/2017/04/AvisCNNum_FFoD_VFinale.pdf

dont la propriété constituerait un réel enjeu[40]. Cette piste, dont l'étude n'est pas close, ne devrait toutefois pas être privilégiée pour plusieurs raisons[41]. La première tient à la difficulté de définir l'objet du droit : doit-il concerner une donnée brute, une donnée organisée ou le résultat de croisement de données[42] ? Le deuxième point d'achoppement porte sur la détermination de la personne du titulaire de ce nouveau droit dès lors que plusieurs intervenants participent au recueil et au traitement de la donnée[43]. Le dernier motif, enfin, aborde les risques liés à la consécration d'un *droit sur les données*. A cet égard, le Conseil national du numérique évoque leur possible dépossession à travers l'insertion de clauses de cession obligatoires et systématiques[44]. Madame Zolynski souligne, quant à elle, le risque de réservation de certaines activités, telles que le développement de l'intelligence artificielle, aux seuls opérateurs capables de « *capter une masse suffisante de données et de les conserver* »[45]. Dans ce cadre, ce n'est pas tant la propriété des données que leur accès et leur analyse qui sont susceptibles de conférer un avantage concurrentiel à leur détenteur[46]. Il en résulte que la création d'un droit exclusif sur les données n'apparaît pas nécessaire à leur exploitation, mais est, à l'inverse, susceptible d'engendrer des inconvénients notables.

8. L'information protégée. Compte tenu de la multiplicité des informations, tant dans leur forme que dans leur contenu, il serait illusoire de vouloir les protéger de manière identique. Aussi, l'information protégée ne se définit-elle pas seulement par les modalités de protection dont elle est l'objet[47], mais également au regard de sa valeur économique intrinsèque procurant à celui qui en dispose un avantage sur ses concurrents.

Par « information protégée », nous entendons celle qui bénéficie d'une protection directe ou indirecte et dont le contenu procure à son détenteur un avantage concurrentiel.

---

[40] H. Béranger, 3 questions à Matthieu Bourgeois, « Le praticien expert en droit de la donnée a un rôle central et prépondérant à jouer au sein de son organisation », précité

[41] J.Drexl, « Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access », Jipitec 2017 n°8, p.257

[42] C. Zolynski, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes? », précité

[43] *Ibid.*

[44] Avis du Conseil du Conseil national du numérique sur la circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, précité

[45] C. Zolynski, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes? », précité

[46] J.Drexl, « Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access », précité, voir notamment pt 79

[47] Qui peuvent être classiquement constitués par un droit de propriété intellectuelle, mais également par le secret d'affaires ainsi que de multiples réglementations au gré des circonstances telles que le délit d'initié cf E. Daragon, « Etude sur le statut juridique de l'information », D. 1998 p.63

Il peut s'agir aussi bien d'informations stratégiques ou commerciales pour l'entreprise que d'actifs immatériels constitués d'informations couvertes par un droit de propriété intellectuelle, tel qu'un brevet ou le droit d'auteur. Si la qualification d'un brevet comme information ne paraît pas choquante[48], il n'en va pas de même de l'assimilation d'une œuvre de l'esprit à une information[49]. Celle-ci résulte notamment d'une recommandation du Conseil européen de 1994[50]. Cette origine européenne, rappelant les exigences de la construction du marché commun, explique une démarche qui se concentre sur la valeur de l'information, faisant fi de l'exigence de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Elle résulte d'une appréciation essentiellement économique du bien étudié. Il faut alors préciser notre propos : s'agissant de la protection par le droit d'auteur, ce que nous entendons comme « information protégée » couvre ce que certains auteurs ont dénommés les « biens informationnels »[51]. Il s'agit de données protégées par ce qui pourrait être désigné comme un « droit d'auteur économique »[52], c'est-à-dire conçu pour récompenser l'investissement du concepteur plus que l'originalité du créateur, dont le logiciel est un exemple[53].

A cet égard, nous n'aborderons pas les bases de données en tant que recueil de données pour lequel le producteur bénéficie d'un droit *sui generis* au titre de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996, mais à travers la protection que le droit d'auteur confère à leur expression, c'est-à-dire une architecture organisée de données

[48] Le brevet étant expressément reconnu comme présentant une information scientifique cf article 83 de la Convention sur le brevet européen (CBE) du 5 octobre 1973 (http:// www.european-patent-office.org/legal/epc/f/ma1.html) selon lequel « *l'invention doit être exposée dans la demande de brevet européen de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter* », voir également J-M Mousseron, « Traité des brevets », éd Litec 1984, p.658 note 201ainsi que S. Mbongui-Kialo, « Le brevet : un outil de communication au service de l'innovation »,, Revue internationale d'intelligence économique, 2012/2 Vol 4, p. 175

[49] A.Lucas, « Droit d'auteur et numérique », Litec 1998, n°42 à 47 p.24 à 27 ; voir également S. Lemarchand, O. Fréget et F. Sardin, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », précité

[50] L'Europe et la société de l'information planétaire, Recommandations au Conseil européen mai 1994,p.17 : « *une bonne part de l'information relève du domaine public, mais d'autres informations contiennent une valeur ajoutée résultant d'une propriété exclusive, et doivent donc être protégées au moyen des droits de propriété intellectuelle* ».

[51] Voir notamment S. Lemarchand, O. Fréget et F. Sardin, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », précité

[52] Ch. Caron, « Droit d'auteur - Contribution à l'étude du droit d'auteur économique : les cessions de droit peuvent être implicites ! », cce n° 1, Janvier 2003, comm. 1 : « *Il importe, en effet, de reconnaître l'émergence, à côté d'un droit d'auteur traditionnel et très civiliste, d'un droit d'auteur économique qui relève du droit commercial et répond de plus en plus à des logiques autonomes.* » ; voir également pour une discussion sur la notion de « droit d'auteur économique », F. Siiriainen, « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, éd. LexisNexis, 2014

[53] Dont le régime est très fortement adapté en regard du droit d'auteur « classique »

constituant une création intellectuelle[54]. Le phénomène de compilation propre à la base de données s'écarte du sujet en ce sens où ce n'est pas l'information qui fait l'objet d'une protection[55] et qui détient une valeur, mais son rassemblement au sein d'une entité distincte.
Les problématiques liées aux données publiques ouvertes (*open data*)[56] auxquelles la fonction de transmission fait défaut pour être qualifiée d'information, sortent également du cadre de la présente étude. Les questionnements relatifs au *big data* ne seront évoqués que dans la mesure où les données ainsi désignées concernent des informations telles qu'elles ont été précédemment définies. Nous devons enfin exclure de « l'information protégée » les données personnelles. Leur valeur réside dans les liens avec les personnes physiques qui en sont l'objet, sortant ainsi du champ privilégié par la présente étude qui s'attache à examiner les informations intéressant les opérateurs économiques, compris comme « *les acteurs du jeu économique [réalisant] des opérations sur le marché* »[57], c'est-à-dire produisant, distribuant ou consommant[58]. A cet égard, le rôle de consommateur doit être envisagé dans une perspective économique[59], c'est-à-dire concernant des agents qui exercent une activité de consommation, le cas échéant à des fins de productions. Il en résulte que le champ d'analyse de la présente étude se concentre sur l'entreprise[60] détentrice d'informations protégées, susceptible de les divulguer.

9. La divulgation. Le dictionnaire Larousse définit la divulgation comme l'« *action de divulguer, de rendre publique une information* ». Il s'agirait donc seulement de faire passer une donnée de l'ombre à la lumière, de quelque manière que ce soit. Le moyen de la divulgation semble en effet indifférent à ses effets, tant la divulgation se caractérise par son résultat, la connaissance, plus que par le cheminement pour y parvenir. L'objet de la divulgation est en revanche d'importance car celui-ci la pare d'une fonction de transmission. En d'autres termes, l'accès à l'information s'adresse à un destinataire, identifié par son rôle sur le marché et les relations qu'il entretient avec le détenteur de l'information protégée.
Une fois l'information protégée et sa divulgation définies, il importe de les « contextualiser », la portée de la notion d'information protégée étant modelée selon son environnement. Il apparaît donc nécessaire de l'appréhender au sein du cadre juridique et économique formé par

[54] Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, article 3.1
[55] Même si l'extraction substantiellement qualitative de données est sanctionnée par l'article L342-1 du CPI
[56] Voir à titre d'exemples les codes postaux, les statistiques viti-vinicoles, le découpage administratif communal, etc… cf https://www.data.gouv.fr/fr/
[57] Cl. Lucas de Leyssac. et G. Parleani, « Droit du marché », éd. PUF, coll. Thémis, 2002, p.371
[58] *Ibid.,* p.373
[59] Distincte de la notion juridique
[60] Cl. Lucas de Leyssac. et G. Parleani, « Droit du marché », éd. PUF, coll. Thémis, 2002, p.375

les libertés économiques. Celui-ci est de nature à influer, non seulement sur l'existence de la divulgation de l'information protégée, mais également sur ses modalités. L'influence exercée, loin d'être à sens unique, permet en retour à la divulgation de l'information protégée de redessiner les contours des libertés qui la régissent.

10. Les libertés économiques. « *Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manière, que celui de liberté*. »[61] La notion de liberté fluctue au gré de la matière étudiée. Philosophique, historique, sociologique, le terme de liberté se drape de multiples atours. Entendue d'un strict point de vue juridique, elle peut se définir comme un droit naturel de l'Homme, le droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher[62]. Ornée du qualificatif d'économique, elle apparaît concomitamment à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et se présente comme « *la sœur de la liberté politique* » [63]. La liberté se fait alors la maîtresse du marché, dictant les actions des opérateurs.

Cette liberté ne saurait se conjuguer au singulier, mais doit être appréciée de manière plurielle**[64]**. Il n'y a pas une mais des libertés économiques[65]. Internes ou européennes, leurs appellations et portées diffèrent[66]. Le traité instituant la Communauté européenne envisage, dans un premier temps, quatre libertés essentielles[67] : libre circulation[68] des marchandises, des capitaux, des services, et des travailleurs[69]. A celles-ci s'ajoutent, dans un second temps, le principe de libre concurrence, la libre prestation de service[70] ainsi que la liberté d'exercice d'une activité professionnelle[71] et enfin le principe de libre entreprise affirmé par l'article 16

[61] Montesquieu, De l'Esprit des lois, 1748, Livre XI, Chapitre II

[62] F. Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (sous dir.) « Libertés et droits fondamentaux », éd. Dalloz 24ème édition 2018

[63] M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », Recueil Dalloz 1994 p.30

[64] G. Drago et M. Lombard (sous dir.), « Les libertés économiques », Paris, Editions Panthéon Assas, L.G.D.J. diffuseur, 2003

[65] Etroitement imbriquées les unes dans les autres telles des poupées russes cf P. Delvolvé, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, p. 109

[66] Portée parfois qualifiée de « fondamentale » cf V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Revue de droit du travail 2007 p.19 : « *Les libertés économiques et, parmi elle, la liberté d'entreprendre gagnent en importance dans les ordres juridiques contemporains. Aux dires de beaucoup, elles sont devenues fondamentales*. »

[67] J Riffault-Silk, « Droit des contrats et régulation économique », rlc n°3 mai 2005, Perspectives p.132

[68] Titre IV Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : La libre circulation des personnes, des services et des capitaux ; Liberté de circulation dont le principe constitue « *le fondement historique de l'inclusion des règles de concurrence dans le traité de Rome* » cf I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », éd° Ant. N. Sakkoulas et Bruylant 2007, p.42

[69] Article 49 TFUE

[70] Article 56 TFUE

[71] L. Casaux-Labrunée, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », Droit social 2008, p.1032

de la Charte européenne des droits fondamentaux[72]. En droit interne, les textes et la jurisprudence analysés par la doctrine font un usage plus parcimonieux de cette appellation et l'emploient principalement à l'égard de la liberté d'entreprendre, de la liberté du commerce et de l'industrie[73], de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence, dite aussi libre concurrence.

11. La liberté d'entreprendre. Selon Montesquieu, « *la liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent ; ce serait bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le commerce* »[74]. Précurseur, Montesquieu pressent par cette proposition les différents aspects de cette liberté et son lien avec le marché. Longtemps, la liberté du commerce et de l'industrie a été présentée comme englobant la liberté d'entreprendre[75]. Puis, elles ont été considérées comme égales, voire synonymes[76]. La liberté d'entreprendre est désormais perçue comme un principe matriciel[77] comprenant, non seulement la liberté du commerce et de l'industrie, mais également la liberté d'établissement et la liberté d'exercice d'une profession[78].

12. La genèse de la liberté d'entreprendre, retraçant une naissance presque anecdotique, ne pouvait laisser présager de l'ampleur prise par ce principe dont le rayonnement ne faiblit pas

[72] Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 326/02, Article 16 : Liberté d'entreprise : « *La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* »

[73] S. Nicinski, "Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », Note sous Conseil d'État, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens (RATP), n° 348909, RFDA 2012 p.1181 Liberté du commerce et de l'industrie qui comprend elle-même deux composantes : d'une part la non concurrence entre activités publiques et privées dans le sens où personnes publiques ne « *puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public* » cf CE Section du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers [Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, éd. Dalloz 21ème édition 2017, n° 41], et d'autre part « *les personnes publiques ne peuvent, par leurs décisions, entraver ou restreindre les activités économiques des opérateurs privés* ». Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a une valeur infraconstitutionnelle mais supraréglementaire dans la hiérarchie des normes cf M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », Recueil Dalloz 1994 p.30. Le Conseil d'État le voit désormais comme une composante de la liberté d'entreprendre Cf J.Ph. Kovar, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », Droit Administratif n° 12, Décembre 2007, étude 18

[74] Montesquieu, De l'Esprit des lois, précité, Livre XX, Chapitre XII

[75] V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Revue de droit du travail 2007 p.19

[76] V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », précité, voir également M. Lombard *in* G. Drago et M. Lombard (sous dir.), « Les libertés économiques », précité ainsi que J-B. Blaise et R. Desgorces, « Droit des affaires – Commerçants. Concurrence. Distribution », éd. LGDJ, 9ème édition 2017, n°574 p.329

[77] V. Delvolvé, « La liberté d'entreprendre », thèse sous la direction de Y. Gaudemet, soutenue le 10 juillet 2002 à l'université Paris II Panthéon-Assas, p.63 évoquant « un enjeu supérieur »

[78] *Ibid.*., voir également P. Délvolvé, « Droit public de l'économie », éd. Précis Dalloz, 1998, n°86 p.108

dans notre système juridique[79]. Issue du décret d'Allarde des 14 et 17 mars 1791 mettant en place une nouvelle taxe (la patente) sur une nouvelle matière imposable, le commerce et l'industrie[80], la liberté d'entreprendre est formulée dans l'article 7 du décret selon lequel : « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ». Deux limites accompagnent cette liberté nouvelle : le versement de ladite patente[81] et l'obligation de se conformer aux « *règlements de police qui sont ou pourront être faits* ». Cette origine purement fiscale est rapidement complétée par la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791[82] qui prononce « *l'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession* », donnant ainsi une nouvelle dimension à la liberté précédemment édictée. Le principe est repris dans la Déclaration des droits de la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 (Constitution de l'An I)[83], dans la Constitution de l'an III[84] et dans la Constitution de 1848[85] mais disparaît de la Constitution de 1946 et de celle de 1958[86]. La liberté d'entreprendre voit par la suite sa valeur précisée par la jurisprudence. Selon le Conseil d'Etat, la liberté d'entreprendre est un principe général du droit[87] et une liberté publique[88]. Le Conseil constitutionnel consacre à son tour la liberté d'entreprendre dans sa décision du 16 janvier 1982[89] : « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration [de 1789], consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait en elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la*

[79] M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », précité
[80] J.-M. Benoist, J.-B. Drummen, Ph. Dutheil, D. Goupillat, J. Le Calvez, J.-Ch. Savouré, , « Table ronde n°1 Liberté d'entreprendre », rlda n°25 mars 2008, Perspectives – Colloque p.62
[81] Remplacée en 1976 par la taxe professionnelle cf V. Fraissinier, « La liberté d'entreprendre – Etude de droit privé », thèse sous la direction du Professeur Ch. Jubault soutenue le 19 juin 2006, Université de la Réunion, Chapitre préliminaire, n°18
[82] Dont l'abrogation n'est intervenue que le 21 mars 1884 par la loi Waldeck-Rousseau autorisant les syndicats
[83] Constitution de l'An I (24 juin 1793), article 17 : « *nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens* », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793
[84] Constitution du 5 Fructidor an III, article 355 al 1 : «*Il n'y a ni privilège, ni maîtrise, ni jurande, ni limitation à la liberté de la presse, du commerce, et à l'exercice de l'industrie et des arts de toute espèce.* », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-5-fructidor-an-iii
[85] Constitution de 1848, article 13al 1 : « *la Constitution garantit aux citoyens la liberté du commerce et de l'industrie* », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1848-iie-republique
[86] J.-M. Benoist, J.-B. Drummen, Ph. Dutheil, D. Goupillat, J. Le Calvez, J.-Ch. Savouré, , « Table ronde n°1 Liberté d'entreprendre », précité
[87] CE, ass., 22 juin 1951, Daudignac, D 1951 p.589 ; également CE, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, D., 1959, p. 541, note de J. L'Huillier
[88] CE, 28 octobre 1960, Sieur de Laboulaye, , recueil Lebon 1960 p.570 ; voir également Cass. soc., 19 février 1997, pourvoi n°95-45.040
[89] Cons. const. 16 janvier 1982 loi de nationalisation, D. 1963 p.169 note L. Hamon ,Considérant 16

liberté d'entreprendre »[90]. Le Conseil constitutionnel inscrit ainsi la liberté d'entreprendre dans la filiation du principe général de liberté individuelle[91] énoncé à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Parallèlement à cette reconnaissance interne, la liberté d'entreprendre trouve un écho au niveau européen[92]. En plus des libertés d'établissement et de prestation de service, toutes deux explicitement visées par le traité[93] qui apparaissent comme des « *manifestations et garanties de la liberté d'entreprise* »[94], cette dernière est expressément énoncée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux[95] et constitue la caisse de résonnance directe[96] de la liberté d'entreprendre.

13. Si la valeur de la liberté d'entreprendre paraît désormais clairement établie, il n'en va pas de même de son contenu, le Conseil constitutionnel n'ayant pas donné de définition proprement dite[97] de cette liberté. Il est toutefois possible de distinguer deux aspects[98]. Le premier est dynamique[99] et couvre la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique[100]. Le second est statique[101] et concerne la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité[102].

Malgré sa valeur constitutionnelle et un contenu riche, la liberté d'entreprendre n'est, ni générale, ni absolue[103]. Le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 16 janvier 2001[104],

---

[90] N. Lenoir, « Les principes constitutionnels », rlda n°55, décembre 2010, Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel, p.14

[91] L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Recueil Dalloz 2014 p.1287

[92] P. Delvolvé, " Les libertés économiques", RFDA 2017 p.33

[93] La liberté d'établissement est prévue à l'article 49 TFUE, La liberté de prestation de services est prévue à l'article 56 TFUE

[94] E. Derieux, « Droit économique européen des médias audiovisuels », LPA n°156, 7 août 2000, p. 8.

[95] Chartes des droits fondamentaux, Article 16 :

[96] V. Fraissinier, « La liberté d'entreprendre – Etude de droit privé », précité, Chapitre préliminaire, n°25

[97] Commentaire du Conseil constitutionnel de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 - Loi relative à la sécurisation de l'emploi, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013672dc/ccc_672dc.pdf

[98] P. Delvolvé, " Les libertés économiques", RFDA 2017 p.33

[99] A.-L. Cassard-Valembois, « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre » (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi), Constitutions 2013 p.400

[100] Cons. const. 24 juin 2011, n° 2011-139 QPC, Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales), Considérant 4

[101] A.-L. Cassard-Valembois, « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre », précité

[102] Cons. const. 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle), Considérant 7

[103] P. Delvolvé, " Les libertés économiques", précité

[104] Cons. const. 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC, AJDA 2001. 222, étude E. Fatôme ; D. 2002. 1944 , obs. V. Ogier-Bernaud .

précisé dans une formule reprise depuis de manière constante[105] qu'« *il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »[106]. En d'autres termes, il doit être procédé à un contrôle de proportionnalité entre le respect de la liberté et l'étendue des restrictions envisagées. Compte tenu du faible nombre de censures au motif d'une atteinte à la liberté d'entreprendre, la portée d'une liberté tolérant tant d'atteintes a pu être discutée[107]. Un auteur l'a même décrite comme une liberté de « second rang »[108], tandis qu'un autre la considère davantage comme un objectif de valeur constitutionnelle plutôt que comme un principe constitutionnel[109]. Il serait toutefois erroné de considérer que la liberté d'entreprendre est dénuée d'effectivité[110]. Au contraire, son rayonnement irradie les autres libertés économiques, à l'instar de la liberté contractuelle.

14. La liberté contractuelle. La liberté contractuelle, longtemps déniée par le Conseil constitutionnel, bénéficie aujourd'hui d'une valeur reconnue sous toutes ses facettes. Initialement, le Conseil constitutionnel avait statué par une formulation *a priori* définitive selon laquelle « *aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* »[111]. La cause semblait entendue. Pourtant, au gré des décisions, au détour de

[105] A titre d'exemple voir : Cons. const. 17 octobre 2014 n° 2014-422-QPC, Considérant 8, commentaire de A. Haquet, "Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre", AJDA 2015 p.226 ; Cons. const. 15 janvier 2016, n° 2015-516-QPC, Considérant 4, commentaire de O. Le Bot, « L'interdiction de cumuler les activités de taxi et de VTC est contraire à la liberté d'entreprendre », Constitutions 2016 p.105. Formule également reprise par le Conseil d'Etat, voir à titre d'exemple : CE, 28 novembre 2014, n° 384324, Syndicat réunionnais des exploitants de stations-service, AJDA 2015 p.82 .

[106] Cette appréciation est circonstanciée et peut paraître parfois lâche à l'instar de l'analyse suivie par le Conseil constitutionnelle dans sa décision du 22 juin 2012 à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle Calédonie, monopole validée bien que les « *motifs retenus ne constituent pas des considérations impérieuses d'intérêt général* » cf O. Le Bot, « Les limites très lâches de la liberté d'entreprendre (à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie) » : Cons. const., 22 juin 2012, Établissements Bargibant SA, n° 2012-258 DC, Constitutions 2012 p.638. Les motifs invoqués ont toutefois été considérés comme suffisants au regard des spécificités locales

[107] L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Recueil Dalloz 2014 p.1287

[108] A.-L. Cassard-Valembois, « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi) », Constitutions 2013 p.400 ; également Ph. Terneyre *in* G. Drago et M. Lombard (sous dir.), « Les libertés économiques », précité

[109] G. Carcassonne, « La liberté d'entreprendre », rlda n°55 décembre 2010 Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel p.45

[110] A.-L. Cassard-Valembois, « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre » (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi), Constitutions 2013 p.400

[111] Cons. const., 3 août 1994, n°94-348 DC, sur la loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives no 92/49 et no 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des

périphrases[112], un infléchissement a pu être décelé dans la position du Conseil, évoquant la liberté contractuelle d'abord comme un principe « sentinelle »[113] pour, ensuite, consacrer pleinement sa valeur constitutionnelle, par deux décisions successives en 1998 et 2000[114], préservant l'ensemble de la convention[115], de la formation[116] à l'exécution du contrat[117].

15. A l'instar de la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle est issue de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Elle doit être envisagée dans tous ses aspects : libre choix de contracter, libre choix du contractant et libre détermination du contenu du contrat[118]. C'est par une décision du 13 juin 2013[119] que le Conseil constitutionnel censure, pour la première fois, une loi sur le fondement d'une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle dans ses composantes du choix de son cocontractant et du contenu du contrat[120]. La liberté contractuelle a, de surcroît, été réaffirmée à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, introduisant dans le code civil le nouvel article 1102 qui dispose : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat* ».

---

communautés européennes, Considérant 9 ; voir notamment Y. Broussolle, « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 29 Mars 1995, II 22404

[112] N. Molfessis, « Le contrat », rlda n°55, décembre 2010 Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel p.47

[113] Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388 DC Loi créant les plans d'épargne retraite, Considérant 48 : « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, (...) sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* »; expression de « sentinelle » utilisée par A.-L. Cassard-Valembois, in « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi) », précité, citant sur la notion de principe « sentinelle », B. Mathieu et M. Verpeaux, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, LGDJ, 2002, p. 431 et suivantes

[114] N. Lenoir, « Les principes constitutionnels », rlda n°55, décembre 2010 Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel p.14

[115] P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations) - mars 2011 ; voir également pour une étude générale antérieure à 2008 P.-Y. Gahdoun, « La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dalloz, 2008

[116] Cons. const., 19 décembre 2000, n°2000-437 DC Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Considérant 37, D. 2001.1766, obs de D Ribes

[117] Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401 DC, sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Considérant 29

[118] L. Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », AJDA 1998 p.676

[119] Cons. const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, Considérant 9 à 12

[120] J. Ghestin, "La consecration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", JcpG n°37, 9 septembre 2013, 929 – commentaire de Cons. Const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC

La liberté contractuelle doit également s'envisager à travers le prisme de l'exécution des conventions[121] et particulièrement de leur durée. L'application du principe conduit au respect des conventions légalement formées et à la survie de la loi ancienne pour les contrats en cours[122]. La force obligatoire du contrat dépasse l'environnement des parties pour s'incarner dans le principe constitutionnel de la liberté contractuelle s'imposant au législateur. Le Conseil constitutionnel retient cette exigence en estimant que le « *législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* »[123]. Concrètement, cela signifie que le législateur ne peut porter atteinte à l'économie des conventions sans un motif d'intérêt général suffisant[124] et qu'il ne doit pas en résulter une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi[125] sous peine de méconnaître les exigences de l'article 4 relatif à la liberté et de l'article 16 concernant la garantie des droits[126]. Le législateur est ainsi le plus souvent amené à prévoir des dispositions transitoires afin d'aménager « *une période d'ajustement pour les contrats en cours* »[127]. La décision du 23 janvier 2015 du Conseil constitutionnel[128], concernant l'article L. 442-3 du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de la loi du 7 décembre 2010, relative à la récupération des charges locatives relatives aux énergies de réseaux, marque une rupture dans l'application de ce principe en ne vérifiant pas l'intérêt général

[121] P. Delvolvé, « Les libertés économiques », précité : « *Selon le nouvel article 1103 du code civil, repris de l'ancien article 1134, « les contrats légalement conclus tiennent de loi à ceux qui les ont faits » : la liberté contractuelle comporte le droit à l'exécution de ces contrats, qui doit être respecté par les pouvoirs publics autant que par les parties* »

[122] Principe explicitement appliqué par l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public.* » cf D Mainguy, « L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne - À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », Jcp G n°38, 17 septembre 2018, Etude n°964 ; voir également P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », précité

[123] Cons. const. 12 janvier 2018 n°2017-685 QPC, Fédération bancaire française [Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur], Considérant 15

[124] P. Delvolvé, « Les libertés économiques », précité ; voir également Cons. const. 13 janvier 2003 n°2002-465 DC, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Considérant 4 ; Cons. const. 19 novembre 2009 n°2009-592 DC, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, Considérant 9 ; Cons. const. 7 octobre 2011 n°2011-177 QPC, M. Éric A. (Définition du lotissement), Considérant 6

[125] Cons. const. 14 mai 2012 n° 2012-242 QPC, Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise), Considérant 6

[126] Cons. const. 29 mai 2015 n° 2015-470 QPC du (Société SAUR SAS) - (Interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales) ; voir également le commentaire du Conseil constitutionnel sur cette décision disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015470qpc/2015470qpc_ccc.pdf

[127] P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », précité

[128] Cons. const. 23 janvier 2015 n° 2014-441/442/443 QPC, Mme Michèle C. et autres

présent dans la loi[129]. Le Conseil fait en effet valoir que les dispositions en cause n'influencent pas les contrats, mais viennent seulement modifier un « *cadre légal* » applicable à la détermination des charges récupérables pour les habitations à loyer modéré [130]. Au-delà de l'imprécision tenant à l'absence de définition du cadre légal, cette solution nous paraît poser difficulté dans la mesure où les conventions sont conclues au regard de dispositions législatives et réglementaires existantes dont les modifications atteignent la prévisibilité offerte aux parties. Un auteur[131] s'interroge même sur les conséquences de cette décision sur le principe de la liberté contractuelle et sur les risques d'une remise en cause. Il convient en effet d'être vigilant. En l'espèce, toutefois, le Conseil distingue visiblement les dispositions concernant les charges récupérables des contrats de baux conclus, ces-derniers n'étant pas modifiés. Cet argument peut néanmoins être discuté dans la mesure où le montant des charges récupérables s'avère très variable selon les baux et peut faire profondément évoluer l'économie générale du contrat. En tout état de cause, la modification législative examinée ajoute une hypothèse de charges récupérables circonscrite au recours aux énergies de réseau[132] dans un but de protection de l'environnement, qui ressort de l'intérêt général.

16. Les limites rencontrées par la liberté contractuelle issues de la loi[133] et devant être motivées par des considérations d'intérêt général[134], ont conduit certains auteurs à s'interroger sur une éventuelle qualification de liberté de « second rang »[135], comme cela a pu être évoqué au sujet de la liberté d'entreprendre. Il ne nous semble pas que cette interprétation doive être

[129] P.-Y. Gahdoun, « La limitation de la liberté contractuelle par la notion de « cadre légal », D. 2015, p.779
[130] Cons. const. 23 janvier 2015 n° 2014-441/442/443 QPC, Considérant 9
[131] P.-Y. Gahdoun, « La limitation de la liberté contractuelle par la notion de « cadre légal », précité
[132] L'article L. 442-3 du code de la construction et de l'habitation précisant que dans les immeubles appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré, les charges récupérables, sommes accessoires au loyer principal, sont exigibles en contrepartie des services rendus liés à l'usage des différents éléments de la chose loué, étant précisé que pour cela le coût des services assurés dans le cadre d'un contrat d'entreprise correspond à la dépense, toutes taxes comprises, acquittée par le bailleur. L'ajout litigieux concerne la mention supplémentaire au « contrat d'entreprise » précité de « contrat d'achat d'électricité, d'énergie calorifique ou de gaz naturel combustible, distribués par réseaux correspond à la dépense »
[133] Voir notamment Cons. const. 7 janvier 2016 n°2015-511 QPC Société Carcassonne Presse Diffusion SAS [Décisions de la commission spécialisée composée d'éditeurs en matière de distribution de presse], Considérant 4 et suivants ; Cons. const. 12 janvier 2018 n°2017-685 QPC Fédération bancaire française [Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur], Considérant 15
[134] Cons. const. 30 novembre 2006 n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, Considérant 29 ; voir également H. Barbier, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat » (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC), RTD Civ. 2013 p.832
[135] L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité ; A.-L. Cassard-Valembois, "L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi)", précité

retenue tant il est inhérent à une liberté de connaître des limites[136]. La liberté contractuelle apparaît comme « *un principe encadré et limité par le droit positif, mais un principe qui reste l'un des piliers de notre organisation sociale* »[137] et de l'économie de marché tant il est vrai que le contrat constitue le cœur des échanges économiques et stimule la concurrence[138].

17. La liberté de la concurrence. Bien que le principe de libre concurrence irrigue le droit du marché et constitue désormais une référence dont les sociétés contemporaines libérales[139] ne peuvent faire abstraction, sa portée dans la hiérarchie des normes n'est pas clairement définie. Dans les traités constitutifs[140] de l'Union européenne, la libre concurrence n'est pas visée en tant que telle, mais apparaît comme un moyen d'atteindre les objectifs de la construction du marché unique[141] et du bien de l'économie[142]. Elle est, par la suite, érigée en 1985 comme principe structurel par la Cour de justice[143], puis expressément citée dans l'article 3A inséré par le traité de Maastricht du 7 février 1992 instituant l'Union européenne qui fait référence à une « *économie de marché ouverte où la concurrence est libre* »[144]. Consacrée au niveau européen[145], la libre concurrence ne bénéficie pas de la même aura en droit interne[146], le Conseil constitutionnel ne l'ayant pas retenue comme principe[147]. En dépit de cette absence de reconnaissance « officielle », certains auteurs[148] estiment qu'elle profite d'une portée

[136] P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », précité
[137] *Ibid.*.
[138] J.-Ch. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », RTD Com. 2013 p.439
[139] N. Kroes, « La libre concurrence n'est pas une fin en soi », Concurrences, 3-2007, p. 1 : *« il n'en demeure pas moins que la libre concurrence n'est pas une fin en soi et ne reste qu'un moyen mais un moyen de construire un modèle économique et social en réponse à la mondialisation* ».
[140] Traité CECA du 18 avril 1951 – traité de Rome du 25 mars 1957
[141] L. Idot, « La liberté de concurrence en France », LPA 23 mars 2000, n°59, p.4
[142] A. Decocq et G. Decocq, « Droit de la concurrence - Droit interne et droit de l'Union européenne », éd. LGDJ, 8ème édition 2018, n°6 p.29
[143] CJCE, 7 février 1985, aff. C-204/83, Proc. rép. c/ Association de défense des brûleurs d'huile usagées décrivant le principe de libre concurrence comme un « principe général du droit communautaire », pt 9
[144] Article 3A : « *Aux fins énoncées à l'article 2, l'action des Etats membres et de la communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* »
[145] I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », éd° Ant. N. Sakkoulas et Bruylant 2007, p. 47-48
[146] Un auteur précise à cet égard que si le principe de libre concurrence existe, il n'en va pas de même de la liberté de concurrence cf L. Idot, « La liberté de concurrence en France », précité
[147] Cons. const., 22 août 2002, n°2002-460 DC, Rec. Cons. const. 2002, p. 198, AJDA 2002, p. 1059 : « *le principe de libre concurrence ne fait pas partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité*» ; également Cons. const. 21 janvier 2011 n° 2010-89 QPC, Société Chaud Colatine (Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement) : « *le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu valeur constitutionnelle à la liberté de la concurrence* »
[148] S. Nicinski, "Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », précité ; N. Mathey, "Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé", RTD Civ. 2008 p.205 ; D.

constitutionnelle par voie de déduction, compte tenu des liens étroits qu'elle entretient avec la liberté d'entreprendre de valeur constitutionnelle depuis 1982 et avec le principe d'égalité[149]. A la suite de la décision du Conseil constitutionnel[150] du 30 novembre 2006 sur la loi relative au secteur de l'énergie, Monsieur Bazex[151] a même considéré que la réception du principe de libre concurrence était actée[152]. Il retient pour cela que les dispositions du texte déféré[153] méconnaissent l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par les directives[154], ce qui conduit à leur inconstitutionnalité au regard de l'article 88-1 de la Constitution[155]. En d'autres termes, la transposition d'une directive relevant d'un impératif constitutionnel[156] et l'article litigieux faisant obstacle à l'exigence d'ouverture concurrentielle des marchés de l'énergie prévue par la directive transposée, il doit être déclaré contraire à la Constitution. Ce faisant, le Conseil ferait de l'ouverture concurrentielle des marchés et, par voie de conséquence, de la libre concurrence un principe constitutionnel. Cette interprétation nous paraît audacieuse, la référence à la libre concurrence transitant par le biais d'une directive en lieu et place d'une reconnaissance naturelle fondée sur l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, à la suite de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Faute d'une véritable consécration[157], il nous semble que la libre concurrence se présente comme un instrument au service du marché[158], en association avec les principes d'égalité et de la liberté d'entreprendre[159]. Sa valeur reste incertaine : principe

---

Linotte, « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », AJDA 2005 p.1549 ; Cons. const. 11 Juillet 2001, n° 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, Considérant 10 : «*il appartiendra tant aux autorités de contrôle qu'au juge compétent saisi par toute personne intéressée de veiller au respect du principe d'égalité qui, en l'espèce, implique la libre concurrence*»

[149] Article 6 de la DDHC

[150] Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, sur la loi relative au secteur de l'énergie

[151] M. Bazex, « L'objectif d'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie est reconnu comme ayant une valeur constitutionnelle », ccc n° 1, Janvier 2007, comm. 14

[152] Il affirme ainsi avec force que « Le premier apport de la décision est donc la réception de la règle de concurrence dans le bloc de constitutionnalité. »

[153] Article 17 de la loi du 13 juillet 2005 relative au secteur de l'énergie, concernant les tarifs réglementés

[154] Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, sur la loi relative au secteur de l'énergie, Considérant 9

[155] Selon lequel : « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences »

[156] Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, sur la loi relative au secteur de l'énergie, Considérant 4

[157] CE, 2 mars 2011, no 345288, Société Manirys : « *si la libre concurrence peut être une exigence, notamment pour garantir le respect du principe d'égalité ou de la liberté d'entreprendre, elle n'est pas, en elle-même, au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution au sens des dispositions précitées* »

[158] G. Clamour, La concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Communication au VI e congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 2005, www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/CLAMOUR.pdf

[159] M. Kamal et L. Perez, « La liberté d'entreprendre à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité », rlc n°31 avril 2012, Actualités - Concurrence et droit public – Eclairage, p.49

général du droit pour certains[160], réfuté par d'autres[161]. Le Conseil constitutionnel[162] lui-même la décrit comme un objectif d'intérêt général aux côtés de la liberté d'entreprendre[163].

18. La liberté de la concurrence comprend plusieurs facettes : « *liberté d'agir dans le processus économique, sans être contrarié par des restrictions diverses aux transactions commerciales aussi bien privées (liberté de décision) que publique (liberté d'action), et aussi bien dans le choix de ses partenaires économiques (processus d'échange)* ».[164] Ces caractères marquent sa filiation avec les principes de liberté[165] et d'égalité[166]. Liberté d'entreprendre et libre concurrence sont, tout à la fois, indissociables et complémentaires[167] : il n'est pas de concurrence possible sans liberté d'exercer une activité, de produire des biens ou de rendre des services[168] et d'accéder au marché[169]. La libre circulation apparaît également comme le corollaire de la liberté de la concurrence au sein de l'Union européenne.

19. La liberté de circulation. Principe fondateur de la construction européenne, la liberté de circulation fait aujourd'hui l'objet d'une réflexion renouvelée dans le cadre de la stratégie de la Commission pour un marché unique numérique en Europe[170]. Celle-ci met en avant la nécessité de concevoir une circulation améliorée des données susceptible de stimuler

[160] J.-M. Mailot La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, notamment n° 176, n° 723 et suivants cité par J.-L. Lesquins, « Marché de l'électricité : la triangulation impossible », rlc n°13 octobre 2007, Perspectives, p.112 ; voir également S. Nicinski, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2011 p.649 : « *La libre concurrence en droit administratif n'a qu'un rang* infra-*législatif dans la hiérarchie des normes* » et citant « *l'obligation pour les personnes publiques de respecter le principe de libre concurrence, issu de la technique des principes généraux du droit* » cf CE 1e r avr. 1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée, req. n° 188529, Lebon, 114

[161] C. Bergeal conclusions du commissaire du gouvernement, CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208

[162] Cons. Const. 11 février 2011 n° 2010-102 QPC, M. Pierre L. (Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires), Considérant 5

[163] Commentaire de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 - Loi relative à la sécurisation de l'emploi (commentaire du conseil constitutionnel)

[164] I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », précité, p.303

[165] C. Champalaune, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence », rapport 2001 de la Cour de Cassation, Deuxième partie Etude et Documents, Etude sur le theme des libertés.

[166] D. Linotte, « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », précité, cet auteur qualifiant même les relations entretenues par ces principes de consubstantielles

[167] V. Fraissinier, « La liberté d'entreprendre – Etude de droit privé », précité

[168] CA Paris, Pôle 1, chambre 3 16 Avril 2013, RG n° 12/17192, SARL Showroomprive.com / SAS Vente privee. Com, Numéro JurisData : 2013-017594 évoquant la « *la liberté des entreprises de rivaliser entre elles afin de conquérir et de retenir la clientèle* »

[169] G. Parléani *in* G. Drago et M. Lombard (sous dir.), « Les libertés économiques », précité, Chapitre 3 « La liberté de la concurrence est-elle effective ? Droir communautaire et droit français »

[170] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015) 192 final du 6 mai 2015, précité

l'économie de l'Europe[171]. Elle a abouti le 4 octobre 2018 à une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne[172]. La proposition de règlement concerne les services de traitement de données[173] et vise à assurer le libre flux de ces données[174] en prohibant les exigences de localisation, sauf pour des raisons de sécurité publique et dans le respect du principe de proportionnalité[175]. Elle aborde également la question de la portabilité d'un opérateur à un autre par le biais de la mise en œuvre de codes de conduite[176].

Ces orientations ne font toutefois pas l'unanimité[177] et doivent faire l'objet de débats complémentaires afin de prendre parfaitement en considération les problématiques relatives à la circulation des données. La première concerne la sécurité des données pour lesquelles l'exigence de localisation nationale répond à un impératif de sécurisation qui n'est que partiellement pris en considération par la Commission[178]. Si nous souscrivons à l'analyse selon laquelle la localisation est loin d'être l'unique biais de sécurisation des données, il nous semble qu'une analyse approfondie des risques d'une gestion hors du territoire national serait nécessaire afin d'en apprécier pleinement les conséquences. Une seconde limite concerne la portabilité des données. En effet, plus que leur circulation, c'est leur transfert d'un opérateur à un autre qui peut s'avérer source de difficultés. Faut-il alors créer un droit à la portabilité[179] ou envisager une mise en œuvre exclusivement contractuelle de cette

[171] Commission européenne, Communiqué de presse IP/18/4227 « Marché unique numérique: les négociateurs de l'UE parviennent à un accord politique sur la libre circulation des données à caractère non personnel », 19 juin 2018, également Commission européenne, Communiqué de presse IP/17/3190, « État de l'Union 2017: un cadre pour la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'UE », 19 septembre 2017

[172] Résolution législative du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne (COM(2017)0495 – C8-0312/2017 – 2017/0228(COD))

[173] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, précitée, article 2

[174] *Ibid..*, article 3

[175] *Ibid..*, article 4

[176] *Ibid..*, article 6

[177] voir à cet égard l'avis du Sénat français n° 80 enregistré à la Présidence du Sénat le 9 novembre 2017, porté par S. Sutour estimant que la proposition de règlement ne respecte pas le principe de subsidiarité

[178] Commission européenne, communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Créer une économie européenne fondée sur les données », COM(2017) 9 final du 10 janvier 2017 : « *la sécurité de l'information dépend de facteurs très divers, tels que le maintien de la confidentialité et de l'intégrité des données lorsque celles-ci sont disponibles en dehors des installations de stockage. À cet égard, la sécurité du stockage et du traitement des données est bien mieux assurée par les bonnes pratiques de gestion les plus perfectionnées dans le domaine des TIC, appliquées à une échelle largement supérieure à celle des systèmes individuels, que par des restrictions relatives à la localisation* »

[179] C. Zolynski, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ? », précité, voir également l'Avis du Conseil du Conseil national du numérique sur la circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, précité

transmission, comme le suggère l'élaboration de codes de conduite prévue par la proposition de règlement ?

Ces questions doivent faire l'objet d'une analyse complète et prospective. Celle-ci sort toutefois du champ de la présente étude dans la mesure où la liberté économique de circulation porte sur les données tandis que nos recherches se concentrent sur les libertés économiques des opérateurs. En d'autres termes, alors que la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle et la liberté de la concurrence visent les actions des agents économiques, la liberté de circulation a, quant à elle, pour objet les données en elles-mêmes. C'est pourquoi elle ne sera pas évoquée ici plus avant.

Il résulte de ce qui précède que la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle et la liberté de la concurrence des opérateurs économiques forment un triptyque dessinant la perspective au regard de laquelle doit s'apprécier la divulgation de l'information protégée. Mais ce cadre est mouvant : les libertés économiques exercent entre elles des influences réciproques de nature à moduler leur portée intrinsèque selon les impératifs en cause. La divulgation de l'information protégée apparaît alors comme un point de rencontre ou de conflit entre ces libertés.

20. La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques. La divulgation d'une information protégée s'inscrit naturellement dans une démarche bilatérale entre détenteur et destinataire. Elle doit également être appréhendée dans un environnement plus large dont les libertés économiques tracent les contours. Une mise en œuvre simple, voire simpliste, des conditions de divulgation ferait jouer pleinement la liberté contractuelle au profit de la liberté d'entreprendre du titulaire de l'information, sans pour autant paralyser la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques, dans le cadre d'une concurrence saine. La réalité est cependant plus complexe tant la portée des libertés économiques et les modalités de divulgation doivent s'adapter les unes et les autres aux exigences économiques et concurrentielles. La présente étude a pour objet de définir pratiquement les conditions dans lesquelles l'information protégée est, ou non, divulguée ainsi que ses interactions les plus saillantes avec les libertés économiques. Suivant un mouvement de balancier, ces dernières exercent une influence prégnante sur l'existence et les modalités de la divulgation de l'information protégée, tandis qu'elles éprouvent en retour, les effets emportés par ladite divulgation sur leurs contours.

Dans cette perspective, il importe de déterminer, en premier lieu, les conditions du contrôle des libertés économiques sur la divulgation de l'information protégée (**Partie 1**), puis, en second lieu, les conséquences de cette divulgation sur la portée des libertés économiques (**Partie 2**).

Partie 1 - L'assujettissement de la divulgation de l'information protégée aux libertés économiques

Partie 2 - L'affectation des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée

PREMIERE PARTIE

L'ASSUJETTISSEMENT DE LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE AUX LIBERTES ECONOMIQUES

21. L'asymétrie d'information caractérise l'économie libérale. Elle signifie que les agents économiques ne disposent pas de la même connaissance du marché : ces différences s'exercent entre producteurs et consommateurs ainsi qu'entre producteurs concurrents ou entre entreprises liées verticalement[180]. Qu'il s'agisse de relations de concurrence, de partenariat ou de fourniture de biens ou de services aux consommateurs, la connaissance constitue un facteur important des négociations dans un environnement concurrentiel. Elle permet, tour à tour, à son détenteur de s'adapter à la demande, ou de choisir l'offre la plus adaptée à ses besoins. Elle influe sur la stratégie des opérateurs et préside *in fine* à la destinée du marché.

L'asymétrie est susceptible de couvrir toute information protégée, définie comme celle qui bénéficie d'une protection directe ou indirecte et dont le contenu procure à son détenteur un avantage concurrentiel[181]. Elle se traduit notamment par le privilège du « *first mover* », c'est-à-dire le gain perçu par le premier entrant proposant un nouveau produit ou service. Le temps de se faire connaître, il est seul sur le marché en devenir, avant d'être bientôt rejoint par d'autres, avides d'investir ces nouveaux horizons. La détention de l'information protégée est alors à l'origine de la création d'un nouveau marché et les opérateurs vont avoir pour souci constant de contrôler sa divulgation afin de conserver leur avantage stratégique[182].

[180] Ainsi en va-t-il des relations de distribution
[181] Voir *supra* n°8
[182] V. Mariage, « Le secret et le droit : contribution à l'étude de la notion d'information », thèse Versailles-Saint Quentin sous la direction du Professeur Jean-Christophe Galloux, 1999 : « en contribuant à mener à son terme un projet de développement en toute sérénité, le secret organisé des affaires peut être assimilé à un moyen qui est susceptible de procurer à son titulaire un avantage stratégique »

Le triptyque des libertés économiques, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle et liberté de la concurrence, propose un cadre dans lequel apprécier la divulgation protégée. Cette perspective permet de mettre en balance les intérêts en présence afin de parvenir à un équilibre entre la volonté de tenir secrètes les informations protégées et la nécessité de les divulguer lorsque la pérennité du marché en dépend. La divulgation de l'information protégée est alors, soit écartée par les libertés économiques (**Titre 1**), soit commandée par celles-ci (**Titre 2**).

Titre I - La mise à l'écart de la divulgation de l'information protégée par les libertés économiques

Titre II - La justification de la divulgation de l'information protégée par les libertés économiques

TITRE I

LA MISE A L'ECART DE LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE PAR LES LIBERTES ECONOMIQUES

22. Au gré des circonstances et des scandales[183], deux courants s'affrontent sur le bien-fondé de la divulgation de l'information protégée. Face au chantre de la transparence ou au prosélyte du secret, la divulgation de l'information protégée se trouve engagée dans un débat qui dépasse la stricte appréciation juridique pour devenir un enjeu sociétal. Pour les apôtres de la transparence, la divulgation de l'information protégée se fait le rempart contre toute malversation et elle devrait être la règle. Ils exigent que les opérateurs s'éloignent d'une ombre qu'ils estiment menaçante pour agir systématiquement en pleine lumière. Le contrôle de leur action s'en trouverait facilité et les éventuels comportements déviants évités. Si une telle vision pourrait paraître de bon sens, elle est en réalité naïve et ignore la nécessité réelle du secret.

Le secret est indispensable, non seulement dans des domaines qui ressortent de la vie des personnes physiques, cadre médical et vie privée[184] notamment, mais également dans la vie des affaires[185]. Lorsqu'il porte sur des informations protégées, le secret peut se faire facteur d'innovation et de concurrence et l'absence de divulgation devient la règle. Les libertés économiques justifient alors le recours à la confidentialité en garantissant la réalité de la préservation du secret, tant dans son principe (**Chapitre 1**) que dans ses applications pratiques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 La préservation du secret garantie en principe par les libertés économiques

Chapitre 2 La préservation du secret assurée en pratique par les libertés économiques

[183] *Luxleaks, Panama papers, Paradise paper…*
[184] Ph. Malaurie, « Le secret et le droit », in mélanges Mouly, éd. Litec 1998
[185] Qui est l'objet exclusif de notre étude

CHAPITRE 1
LA PRESERVATION DU SECRET GARANTIE EN PRINCIPE PAR LES LIBERTES ECONOMIQUES

23. Divulguer ou ne pas divulguer ? Cette question, *a priori* anodine, met en exergue les conséquences de l'application des libertés économiques sur la stratégie commerciale initiée par un opérateur. Du choix de divulguer, qui ressort de la liberté d'entreprendre, aux modalités contractuellement convenues destinées à maintenir le secret sur une information protégée ou à l'inverse à assurer sa communication, les libertés économiques offrent un cadre de référence aux entreprises. Elles se font ainsi les garantes de la confidentialité dans la vie des affaires (**Section I**). Au-delà de la légitimation d'un principe général de secret, les libertés économiques accompagnent également les différents régimes de secret envisagés par la législation (**Section II**).

Section I – Les libertés économiques garantes du secret

24. Le propre d'une information réside dans sa fonction de communication, dans sa capacité à transmettre un message. En d'autres termes, une information est intrinsèquement liée à son rôle de vecteur. S'il paraît étrange d'envisager l'absence de divulgation d'une information comme un objectif, ce paradoxe s'explique dès lors qu'il est envisagé sous le prisme particulier d'une information protégée, entendu comme celle qui bénéficie d'une protection directe ou indirecte et dont le contenu procure à son détenteur un avantage concurrentiel[186].

L'avantage concurrentiel conféré par la connaissance d'une information protégée éclaire la volonté de ne pas la divulguer. Ce choix n'est toutefois pas dénué de conséquences sur la vie des affaires. L'étude de l'économie du secret fait ainsi apparaître des effets mitigés sur la concurrence (**§1**), laissant pourtant affleurer la consécration d'un droit au secret (**§2**).

§ 1. L'économie du secret

25. Economie et droits de la propriété intellectuelle. L'économie du secret s'inscrit dans l'étude plus large de l'économie des droits de la propriété intellectuelle qui a fait l'objet de

[186] Voir *supra* n°8

nombreuses analyses. En 1942, les travaux du Professeur Joseph Schumpeter[187] ont déterminé que pour permettre une expansion économique résultant « *autant de l'invention de nouveaux produits et procédés, et leur exploitation commerciale initiale, que de leur diffusion et leur utilisation généralisée* », il était nécessaire de s'en remettre à un système de droits de propriété intellectuelle, le marché n'étant pas en mesure de produire ce type d'incitation. La structure de marché favorable à l'innovation serait en conséquence « *le monopole, car il est le seul moyen de fournir les incitations nécessaires à la R&D* »[188].

Cette vision, désormais régulièrement remise en cause[189], constitue la justification canonique de l'existence des droits de propriété intellectuelle. Le Professeur François Lévêque l'explique ainsi : « *Le fondement économique de l'octroi des droits de propriété intellectuelle est d'inciter la création et l'innovation. Sans ce droit, le créateur et l'inventeur se verraient copier par des imitateurs et ils verraient ainsi s'évanouir la possibilité de recouper leurs dépenses de R&D et leurs efforts de conception. Mais ce gain de long terme pour la société s'accompagne d'une perte de court terme : les inventions et les créations sont vendues au-dessus de leur coût marginal, ce qui freine leur diffusion. Pour réduire cet inconvénient, le droit d'auteur et le brevet sont limités dans le temps, ce sont des droits exclusifs temporaires. Cette durée limitée instaure un compromis entre incitation et diffusion* ».[190] La consécration d'un monopole temporaire apparaît ainsi comme la juste récompense des efforts créatifs ou innovants. Dans la mesure où elle a pour conséquence la diffusion limitée et contrôlée de la création ou de l'invention par son titulaire, cette récompense doit s'accompagner d'un gain immédiat pour la société. Celui-ci est constitué par la divulgation de l'information protégée constituant le cœur de l'invention ou de la création. Les titres de brevets portant sur les inventions comportent en conséquence une description précise de l'état de l'art antérieur et du mécanisme nouveau protégé. S'agissant du droit d'auteur, il s'exerce à compter de la création

[187] Cité par P.Crifo-Tillet, in « L'analyse de l'innovation dans les modèles de croissance endogène », Revue française d'économie 1999 Volume 14 N° 2 pp. 189-221
[188] *Ibid.*.
[189] Le rôle incitatif des droits de propriété intellectuelle, particulièrement des brevets étant largement pondéré par les coûts de maintien en vigueur et de contentieux, Voir notamment J.Bessen et M.Meurer, « Of Patent and Property, Regulation », Regulation, Winter 2008-2009, p.18-26 issu de leur ouvrage « Patent Failure: How Judges, Lawyers, and Bureaucrats Put Innovators at Risk (Princeton University Press, 2008), ainsi que par les dérives constatées, notamment dans le cas des patent troll, leur efficacité réelle d'incitation étant également mise en doute, voir notamment M.Boldrin et D.K.Levine, « The Case Against Patents », Journal of Economic Perspectives, Volume 27, N° 1 - Winter 2013, p. 3–22, , T.Schrepel, « Les brevets : un mal nécessaire ? Étude d'une possible remise en cause », Le Concurrentialiste, juillet 2014
[190] H.Calvet et F.Lévêque, « Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, frères ennemis ? », rlc N° 37, octobre 2013, p. 93

de l'œuvre, sans qu'il soit besoin de la divulguer[191], cet aspect pourrait donc paraître secondaire. Toutefois, sauf à n'envisager pour l'œuvre d'autre horizon que la serrure d'un tiroir et une exploitation inexistante, il est nécessaire qu'elle soit divulguée pour prendre toute sa dimension. Cet aspect n'est pas sans poser des difficultés dans le cas du logiciel, protégé par le droit d'auteur dès sa création et sans qu'il y ait divulgation de son code source[192]. L'équilibre entre récompense et gain sociétal disparaît. Le même phénomène se retrouve lorsque sont protégées par des droits de propriété intellectuelle des éléments qui ne sont pas le résultat d'un effort créatif ou innovant. Ainsi que le rappelle le Professeur Jean Tirole : « *le raisonnement économique est extrêmement simple. Il s'agit de récompenser l'innovation et l'investissement, mais il ne faut pas récompenser les rentes qui ne seraient pas dues à l'innovation et à l'investissement mais uniquement au hasard, à un monopole égal ou simplement à des économies d'échelles pures* ». [193]

Dans ce contexte particulier, il convient de s'interroger spécifiquement sur l'économie du secret. Celui-ci exclut par nature la divulgation de l'information protégée. Parallèlement à cet effet, le détenteur du secret ne dispose que d'un monopole de fait[194] tant que le secret perdure. Celui-ci apparaît alors naturellement source de confidentialité dans un mouvement semblable à la boucle de Moebius. Autrement dit, le secret appelle le secret (**A**). De manière plus inattendue, le secret peut également venir au soutien de la divulgation (**B**).

A/ Le secret, facteur de renforcement de la confidentialité

26. Economie et secret. Le secret se distingue des droits de propriété intellectuelle en ce qu'il ne fait pas l'objet d'un droit exclusif spécifique mais résulte du comportement des opérateurs économiques. Compte tenu de l'appréciation prudente, voire très réservée, de certains auteurs[195] sur les « bienfaits économiques » des droits de propriété intellectuelle, alors même que ceux-ci sont limités dans le temps, nous pouvons nous interroger sur l'impact économique du secret, qui, bien gardé, peut être éternel.

---

[191] Article L.111-1 al1 du CPI : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* », la divulgation étant un droit propre à l'auteur cf article L.121.2 al 1du CPI : « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* »

[192] Voir *infra* n°487

[193] J.Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles », in Droit et Economie de la propriété intellectuelle, éd° LGDJ 2005, p.3 et suivantes

[194] Et non un monopole de droit, comme c'est le cas dans le cadre des droits de propriété intellectuelle

[195] Particulièrement Messieurs M.Boldrin & D.K..Levine, « The Case Against Patents », précité ainsi que leur ouvrage « Against intellectual monopoly », Cambridge University Press, 2008

Les études sur les aspects économiques du secret sont, à notre connaissance, moins nombreuses que celles concernant les droits de propriété intellectuelle. Cette différence s'explique sans doute, pour partie, par la difficulté de rendre compte des conséquences d'un processus, par essence dissimulé. Il est néanmoins possible de se référer à une étude commandée par la Commission européenne dans le cadre de la préparation de son projet de directive sur le secret d'affaires[196], synthétisant les positions développées sur le sujet[197]. Il convient de noter que les références de littérature économique citées[198] concernent pour beaucoup les relations entre le secret et d'autres droits de propriété intellectuelle (essentiellement les brevets), mais que relativement peu se concentrent sur le secret en tant que tel. Il ressort de ce document, une proposition qui peut sembler contradictoire : bien que le secret d'affaires puisse encourager la confidentialité et la non-divulgation, il est aussi présenté comme favorisant l'innovation et la divulgation[199].

27. Secret et renforcement de la confidentialité. En premier lieu, le secret engendre le secret. Autrement dit, le renforcement de la confidentialité – par des moyens physiques, humains ou légaux – a pour conséquence naturelle un recours accru à celle-ci[200]. De la même manière, l'utilisation régulière du secret s'accompagne de la mise en œuvre de mesures destinées à préserver sa pérennité.

28. Coût du secret. Un usage fréquent de la confidentialité ne semble pas, de prime abord, avoir des répercussions économiques favorables compte tenu du coût engendré par le secret à un triple titre. Tout d'abord, les Professeurs Lévêques et Ménières rappellent que

[196] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, publiée le 15 juin 2016, JOUE L 157/1

[197] « Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market » - Final Study, avril 2013, préparée pour la Commission Européenne, MARKT/2011/128/D, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/27703

[198] References of Economics Literature : Appendix 1 in Appendix 4 p.33 et suivantes

[199] Voir p.87 de l'étude : «*Although trade secret law may appear to encourage secrecy and non-disclosure, commentators have nevertheless argued that trade secret laws encourage innovative efficiency and disclosure*».

[200] A.Arundel, « The relative effectiveness of patents and secrecy for appropriation » Research Policy, Avril 2001, Vol 30, Issue 4, p. 611-624 : « *Firms that focus on in-house information (INTERNAL) are more likely to give secrecy a higher rating than patents.* » Voir également N.Dass, V.Nanda, S.C.Xiao, « Intellectual Property Protection and Financial Markets : Patenting vs. Secrecy », October 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/subjects/finance/events/seminars/innoprotect_v4b.pdf p.6 : « *The findings are generally consistent with smaller firms preferring secrecy to patenting: with stronger trade secret laws inducing more of them to opt for secrecy to protect their IP.* »

l'information est un bien non rival dont l'absence de diffusion génère un coût à la société[201]. En interdisant la transmission de l'information protégée, le secret prive la société du bénéfice de l'innovation gardée confidentielle et restreint corrélativement les progrès de la science[202]. L'usage du secret diminue ainsi la capacité d'innovation ainsi que les taux d'appropriation « *par la réduction des flux d'information qu'il génère* »[203].

Outre le coût « sociétal » du secret, celui-ci emporte des conséquences sur la concurrence[204] de nature à restreindre ses gains d'efficacité et qui tiennent à deux aspects. L'absence de divulgation – intrinsèque au secret – augmente l'asymétrie d'information entre les acteurs. Ce phénomène est de nature à entraver le développement de la concurrence notamment par une offre réduite au seul détenteur du secret. Cet inconvénient est renforcé par le caractère potentiellement perpétuel du secret[205], la situation du monopole de fait n'ayant pour limite que la divulgation de l'information protégée qui peut ne jamais se produire.

Le secret emporte enfin un coût financier pour les entreprises qui y recourent. La préservation du secret implique en effet des dépenses non négligeables[206] pour en assurer la pérennité[207].

---

[201] F.Lévêque et Y.Ménière, « The Economics of Patents and Copyright », The Berkeley Electronic Press, 2004 – Voir également la publication française de cet ouvrage aux Editions de La Découverte, Coll. Repères, 2003 : « *by definition, secrecy implies physical barriers to exclude free riders. Conversely, even when kept secret, information is still a non-rival good. Not diffusing it generates a cost to society. Even if an innovation can be protected by secrecy, a patent is valuable to society because of the disclosure requirement it entails*."

[202] A titre d'exemple s'agissant de secret de la Défense, voir B.Laperche, « Les inventions, la science et la guerre : la place du secret », Innovations, 2005/01 n°21, p.109-143 : « *Le secret de la Défense, celui cette fois qui s'applique directement aux inventions, peut aller à l'encontre du progrès technique. En effet, explique S. Lee (1997) pour le cas des Etats-Unis, en empêchant la délivrance de brevet mais aussi toute divulgation d'information, le secret peut priver la société dans son ensemble d'inventions utiles mais aussi de connaissances et d'informations scientifiques et techniques qui pourraient être utilisés dans de nouveaux processus d'innovation et ceci d'autant plus que le secret ne touche pas exclusivement des inventions strictement militaires. Or, les mêmes connaissances peuvent servir à fabriquer des armes ou des médicaments*. »

[203] H.Delerue, « Secret et confiance : substitut ou complément dans la protection des actifs intellectuels », La Revue des Sciences de Gestion, précité

[204] Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT/2010/20/D – Report on Trade Secrets for the European Commission, Hogan Lovells International LLP, 23 septembre 2011 : « *Some commentators, however, argue that due to the possibility of keeping trade secrets confidential indefinitely, their protection actually hinders competition (unlike patents which require publication of the invention in return for a limited monopoly right)*. »

[205] D.D.Friedman, W.M.Landes et R.A.Posner, « Some Economics of Trade Secret Law », The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1 (Winter, 1991), pp. 61-72, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www.jstor.org/stable/1942702 : « *This discussion raises the broader question whether, to return to the beginning of this paper, trade secrets should be treated as property and comprehensively protected. Such treatment would be tantamount to a perpetual patent law without public disclosure, and would be inconsistent not only with federal patent law but also with Kitch's prospect theory* [E. W. Kitch « The Law and Economics of Rights in Valuable Information », Journal of Legal Studies, 1980, n°9, p.683], *which ascribes efficiency advantages both to the limited patent term and to the requirement of public disclosure*. »

[206] Par le biais de formations, de contrats et d'accords de confidentialité, de mise en œuvre de moyens physiques et/ou cryptographiques pour limiter l'accès à certaines informations cf le guide de bonnes pratiques AFNOR BP

Ces limites ont été écartées par la Commission européenne qui s'est concentrée sur une appréciation originale du secret le présentant comme facteur d'innovation et de divulgation[208]. Elle se fonde pour cela sur l'étude d'impact[209] de la directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites dont les conclusions ont été reprises dans la proposition de directive[210] puis dans le texte de la directive adoptée [211].

Z90-001, JcpE n°5, 29 janvier 2015, act.98 et H.Delerue, « Secret et Confiance : substitut ou complément dans la protection des actifs intellectuels ? », La Revue des Sciences de Gestion, 2008/5 n°233, p. 67 : « *Le secret par la distorsion d'informations qu'il génère, entraîne un accroissement des coûts : les coûts sont d'autant plus importants que le secret nécessite la mise en place de mécanismes de contrôle formel (figure 2) qui de fait réduisent les bénéfices issus des investissements de R&D*. »

[207] Frais auxquels peuvent s'ajouter un renchérissement du coût des capitaux propres : à l'inverse de la protection par brevet qui améliore l'information des acteurs sur la santé de l'entreprise et participe de sa valorisation, la mécanique du secret augmente l'asymétrie d'information entre opérateurs économiques et provoque corrélativement un surcoût des capitaux propres cf N.Dass, V.Nanda, S.C.Xiao, « Intellectual Property Protection and Financial Markets : Patenting vs. Secrecy », October 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/subjects/finance/events/seminars/innoprotect_v4b.pdf p.6 « *Hence, the greater reliance on secrecy is accompanied by greater information asymmetry and an increase in equity financing costs*. »

[208] 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 {SWD(2013) 472 final} Considérant n°2 : « *L'innovation ouverte constitue un facteur important de création de nouvelles connaissances et est à la base de l'émergence de modèles d'entreprise nouveaux et innovants fondés sur l'utilisation de connaissances élaborées en commun. Les secrets d'affaires jouent un rôle important pour la protection de l'échange de connaissances entre entreprises dans le contexte de la recherche, du développement et de l'innovation dans le marché intérieur*. »

[209] Commission Staff Working Document Impact Assessment {SWD(2013) 472 final} disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1453561599729&uri=CELEX:52013SC0471

« *Network innovation" – i.e. innovation via collaboration between different businesses, research centres, universities etc, that is often crossborder – is increasingly becoming the main path, both in Europe and elsewhere, to undertake and pursue research and development efforts (246). This also involves the transfer of confidential information (which may subsequently become commercially valuable, if the fruits of the research and development activity can be exploited on the market) between the parties involved*. »

Note 246 = *The rise of 'open innovation' – which involves companies relying much more on 'traded' knowledge inputs and outputs instead of primarily or even solely on self-generated inputs and outputs – is only one of the many shifts affecting the pattern of innovative activities across the globe. European Commission Staff (October 2010), p. 28* (Annexe 1 p.71)

[210] 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 {SWD(2013) 472 final} Considérant n°2 : « *L'innovation ouverte constitue un facteur important de création de nouvelles connaissances et est à la base de l'émergence de modèles d'entreprise nouveaux et innovants fondés sur l'utilisation de connaissances élaborées en commun. Les secrets d'affaires jouent un rôle important pour la protection de l'échange de connaissances entre entreprises dans le contexte de la recherche, du développement et de l'innovation dans le marché intérieur*. »

[211] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Considérant 3 : « *Il convient de considérer la diffusion des connaissances et des informations comme un élément essentiel pour créer des opportunités de développement dynamiques, positives et équitables pour les entreprises, en particulier les PME. (…) Les secrets d'affaires jouent un rôle important pour ce qui est de la protection des échanges de connaissances entre les entreprises, y compris, en particulier, les PME, et les organismes de recherche, aussi bien à l'intérieur qu'au-delà des frontières du marché intérieur, dans le contexte de la recherche et du développement, et de l'innovation.* »

B/ Le secret, facteur de renforcement de la divulgation

29. Le secret comme incitation à l'innovation. S'agissant de la portée incitative du secret et d'une protection *ad hoc*, il est possible de se référer aux écrits des Professeurs Michael Risch et Mark Lemley. Dans un article de 2007[212], le Professeur Michael Risch expose que la protection des secrets d'affaires est notamment justifiée par les économies d'investissements réalisés pour préserver la confidentialité de ces informations. Cet argument est également exposé par le Professeur Lemley dans un article publié en 2008[213], qui précise que la loi américaine sur les secrets d'affaires agit comme un substitut aux restrictions physiques et contractuelles mises en œuvre pour assurer la pérennité du secret. Il convient toutefois de souligner que de tels investissements en amont demeurent nécessaires, dans la mesure où la loi ne confère qu'une protection en aval, postérieure à une divulgation non souhaitée et dont la sanction est requise. La loi ne peut agir comme un véritable substitut, mais plutôt comme un palliatif d'un défaut de protection *a posteriori*.

Dans un second article datant de 2009[214], le Professeur Michael Risch explique que l'une des justifications économiques de la loi sur les secrets d'affaires est l'incitation à créer conférée par une protection légale[215]. Cette affirmation est par la suite nuancée. Ces incitations restent mineures dans la mesure où, d'une part, les entreprises gardent secrètes les informations

[212] M.V.Risch, «*Why Do We Have Trade Secrets?* » Marquette Intellectual Property Law Review, Winter 2007, Vol. 11, p.1, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885778 p.5 « *trade secrets are justified by the economic benefits that flow from their existence, most notably incentives for businesses to spend less money protecting secret information or attempting to appropriate secret information* ».

[213] Voir M.A.Lemley, "*The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*," Stanford Law Review, Vol. 61, pp. 311 – 353, 2008, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1155167 : « Trade secret law develops as a substitute for the physical and contractual restrictions those companies would otherwise impose in an effort to prevent a competitor from acquiring their information. »

[214] M.Risch, « Trade Secret Law and Information Development Incentives » (May 29, 2009), in "The Law And Theory Of Trade Secrecy: A Handbook Of Contemporary Research", Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg, eds., Edward Elgar Publishing, 2010, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://ssrn.com/abstract=1411579

[215] Voir également M.A.Lemley, "*The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*," précité : : « One economic theory of trade secret law is that trade secrets provide an incentive to create secret information by granting protection for that information, in much the same way that copyrights and patents protect certain intangible goods. » ; « *we grant rights over secret information for the same reason we grant rights in patent and copyright law – to encourage investment in the research and development that produces the information*. » ainsi que « *Legal protection for trade secrets has been premised primarily on two theories that are only partly complementary. The first is utilitarian. Under this view, protecting against the theft of proprietary information encourages investment in such information*. »

qu'elles jugent confidentielles, que celles-ci bénéficient d'une protection légale ou non[216], et d'autre part, les entreprises choisissent, à l'inverse, de divulguer les informations dont la diffusion est susceptible de maximiser leurs profits[217]. Le maintien du secret et la diffusion des données sont ainsi présentées comme deux gestions opposées de l'information.

30. Le secret comme facteur de divulgation. A rebours des conclusions du Professeur Risch, le Professeur Mark Lemley[218] met en avant la possibilité que la protection des secrets puisse aboutir à une plus grande divulgation de ces informations. Ce point de vue, *a priori* paradoxal, s'explique par l'idée selon laquelle les secrets faisant l'objet d'une protection renforcée pourraient être plus facilement transmis « dans un cadre sécurisé »[219]. En d'autres termes, la consécration d'une protection accrue des secrets d'affaires permet de sanctionner plus aisément leur détournement, ce qui est de nature à juguler le risque de leur transmission. En conséquence, les opérateurs dont les secrets d'affaires bénéficient d'une protection accrue seront moins hésitants à envisager leur transmission. Cette appréciation a été adoptée par la Commission européenne[220]. Elle fonde les travaux à l'origine de la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites[221]. Il est délicat de déterminer la portée réelle de cette proposition et de discerner, qui de la tendance à dissimuler ses secrets d'affaires ou de la volonté de les partager dans une optique d'innovation collaborative prévaudra. Il n'y a probablement pas de réponse unique à cette question, dont

---

[216] M.Risch, « Trade Secret Law and Information Development Incentives », précité : « *secret information can be protected through self-help, companies will create information whether or not there is a law to protect that information. The only question is how much companies will spend to protect the information.* »

[217] *Ibid.* « *some information is more valuable when shared, information secrecy may not necessarily maximize firm profit* »

[218] M.A.Lemley, « *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights* », Stanford Law Review, Vol. 61, pp. 311 précité : « *Trade secret laws can encourage disclosure in a second way as well: they serve as a partial solution to Arrow's Information Paradox*. [K.J. Arrow, « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention », in « The Rate and Direction of Inventive Activity » 609, 615 (R.R.Nelson ed., 1962) (arguing that sellers will not disclose information to buyers absent legal protection, and so buyers will be unable to value that information)].*The paradox is this: In the absence of any legal protection, the developer of a potentially valuable but secret idea will have a difficult time selling that idea to someone who could make more efficient use of it, because in order to sell the idea he will have to disclose it to allow the buyer to evaluate it, but disclosing it destroys the value inherent in its secrecy*. » et « The law, by giving certain rights to the holder of the secret, allows him to disclose information he would otherwise have been unwilling to share, and therefore permits business negotiations that can lead to commercialization of the invention or sale of the idea, serving both the disclosure and incentive functions of IP law »

[219] *Ibid.*

[220] J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », Dalloz 2014, p.682 : « *De plus, et non sans paradoxe, la Commission envisage la protection des secrets d'affaires comme un instrument destiné à favoriser leur transmission.* » ; également J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? », D. 2016 p.1072

[221] Directive n°2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016, précitée, Considérant 3

l'issue dépend de la nature de l'information protégée en cause, ainsi que des circonstances dans lesquelles pourrait intervenir une éventuelle transmission et des contraintes économiques auxquelles l'opérateur doit faire face.

En dépit de gains d'efficacité économique discutés[222], apparaît une volonté politique de renforcer la protection conférée par le secret. Cette décision symbolisée par l'adoption d'une directive *ad hoc* en juin 2016 appelle une réflexion sur l'existence d'un droit au secret.

§ 2. Le droit au secret

31. L'étude d'un éventuel droit au secret doit permettre d'envisager cette notion dans une dimension à la fois interne et externe. Il est en conséquence nécessaire d'aborder le contenu du droit au secret (**A**), avant d'en circonscrire les limites (**B**).

A/ Le secret, un droit de ne pas faire

32. Un pouvoir de rétention. « *Le droit au secret est un droit sur l'information, exercé par son légitime possesseur à titre de titulaire. Il se réalise par un pouvoir de rétention, pouvoir (...) pour l'entreprise de ne pas divulguer le savoir constitutif de sa prospérité* » écrivait le Professeur Catala[223]. Il résulte de cette définition que le secret se décompose en deux aspects : un droit sur l'information et un pouvoir de rétention. Ces deux éléments sont indissociablement liés dans la mesure où le pouvoir de rétention trouve son fondement dans le droit sur l'information, qui ne peut s'exprimer autrement que par la non-divulgation. L'expression « *droit sur l'information* » pose la question de l'appropriation de l'information protégée, rejoignant la difficulté d'une qualification de bien[224]. Mais plus qu'un droit sur un

[222] Egalement dans les relations verticales : S.Bechtold et F.Höffler, « An Economic Analysis of Trade-Secret Protection in Buyer-Seller Relationships », Journal of Law, Economics, and Organization, 2007, Vol 27, n°1, p.137 disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_18online.pdf. p.3 « *This raises the question to what extent a buyer should be able to keep information about her own valuation of a potential deal with a seller confidential, or whether such information should always be divulged to the potential seller. Applying trade-secret law in such cases protects the asymmetry of information. From an efficiency point, this is irritating since it is well-understood that asymmetric information can lead to inefficiencies in buyer-seller relationships. Asymmetric information creates information rents and thereby gives rise to the well-known trade-off between rents and efficiency*. »

[223] P.Catala, « Rapport de Synthèse : le droit au secret face au droit de savoir », Droit et patrimoine, n°102, mars 2002, dossier p.86

[224] Voir *supra* n°5

bien appropriable, le droit au secret se traduit comme un « pouvoir », c'est-à-dire comme la réalisation d'un comportement.

Le droit au secret devient le « pouvoir de ne pas faire », celui de ne pas divulguer. Il appartient à l'opérateur de choisir sans contrainte de conserver par devers lui le secret sur ses informations protégées ou de les transmettre dans des conditions de nature à préserver leur caractère confidentiel. L'acte de divulgation ou le maintien du secret ne ressort pas d'un droit exclusif sur l'information protégée mais de la manière dont le détenteur de l'information protégée choisit d'en faire usage. Consacrer un droit au secret paraît en conséquence surprenant. Cela l'est d'autant plus que l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose un principe de liberté, dont est issue la liberté d'entreprendre des opérateurs[225] qui consiste à exercer librement l'activité économique choisie.

La liberté d'entreprendre vient au support du secret que son détenteur peut vouloir préserver, en raison notamment de l'avantage concurrentiel[226] certain[227] qu'il est susceptible de lui offrir. Le pouvoir de ne pas divulguer s'accompagne de mesures positives *ad hoc*[228] pour réserver concrètement la connaissance d'une information protégée[229] et assurer la pérennité de sa confidentialité. Les libertés économiques, liberté d'entreprendre et liberté contractuelle, apparaissent dès lors garantes de la préservation des informations confidentielles de l'entreprise. Les libertés économiques proposent un cadre complet dans lequel s'inscrit la gestion de l'information protégée : non seulement elles consacrent le principe de non divulgation, mais elles circonscrivent également la portée conférée au secret.

[225] Elle-même résultant du principe de liberté issu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* » Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation (Rec. 18) : « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* ». Voir *supra* n°12

[226] V. Mariage, « Le secret et le droit : contribution à l'étude de la notion d'information », thèse Versailles-Saint Quentin sous la direction du Professeur Jean-Christophe Galloux, 1999, précité

[227] Notamment via la prime au premier entrant (first-mover advantage)

[228] Voir *infra* n°70

[229] P.Berlioz, « Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée », RDC n°1, 2015 – 31 mars 2015, p.124

B/ Le secret, un droit circonscrit

33. Limitation du secret. La liberté d'entreprendre n'est pas absolue : elle peut être circonscrite, selon le Conseil constitutionnel, à la double condition que ces limitations soient liées « *à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* » et « *qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »[230]. Ces restrictions peuvent être des « *contraintes légales, réglementaires ou contractuelles* » [231]. Ces impératifs priment le droit au secret dont la portée se trouve réduite. Se développe ainsi une balance des intérêts, entre, d'une part, la nécessité de maintenir le secret sur les informations sensibles d'une entreprise afin de préserver la libre concurrence[232], et d'autre part, les exigences de divulgation requises par voie règlementaire ou légale pour une information loyale du marché. L'arbitrage peut être effectué en fonction de l'origine des informations et du risque d'atteinte à la concurrence. Ledit risque paraît être apprécié plus strictement lorsque les informations ont une origine administrative. A l'inverse, des informations relatives à des opérateurs privés doivent être divulguées malgré le risque encouru.

34. Secret ou divulgation et préservation de la concurrence. Les documents de la commande publique sont ainsi exclus du droit à communication dès lors que la divulgation de ces derniers « *peut porter atteinte, soit au secret en matière industrielle et commerciale, soit à la libre concurrence* »[233]. De la même manière, la Commission d'accès aux documents administratifs a refusé la divulgation des données concernant la production électrique des éoliennes du Lomont, dans la mesure où ces informations seraient de nature à porter atteinte à la libre concurrence[234]. En revanche, l'obligation de publication des comptes est considérée

---

[230] Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 sur Loi relative à l'archéologie préventive, considérant n°13

[231] P.Catala, « Rapport de Synthèse : le droit au secret face au droit de savoir », Droit et patrimoine, n°102, mars 2002, dossier p.86

[232] Voir pour la publication de bilans sur les émissions de gaz à effet de serre, N.Gardères, « Grenelle 2 : les dispositions relatives au climat », Environnement et Développement durable n° 10, Octobre 2010, étude 21, n°13 : « *si la publicité de ces bilans est justifiée par le respect de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement,* ***leur contenu doit garantir la protection des secrets de fabrication des entreprises. La transparence des activités industrielles et des process de production peut en effet parfois constituer un obstacle à la protection de secrets nécessaires à une libre concurrence*** » (nous soulignons).

[233] F.Linditch, « Focus sur le Rapport CADA 2008 », Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2009, alerte 40, Les dérogations : secret en matière commerciale et industrielle et libre concurrence, disponible au 5novembre 2018 à l'adresse ; www.cada.fr/fr/rapport/rapport2008.pdf p.31-34

[234] CADA Avis n° 20110159 du 6 janvier 2011, n° JurisData : 2011-035379 : « les articles 16 et 20 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité disposent que les **gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité préservent la confidentialité des informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont**

comme justifiée par un « *objectif d'intérêt économique général* »[235] qui prime sur la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques, quand bien même cette révélation serait susceptible de servir les ambitions de concurrents[236], éventuellement non soumis à pareille obligation. Il résulte de ce qui précède que la circonscription du secret est mouvante. Au gré des circonstances, le secret peut prévaloir sur l'obligation de divulgation afin de préserver la concurrence. C'est particulièrement le cas lorsque les données sont issues de la personne publique. A l'inverse, les opérateurs privés doivent se soumettre à des obligations de divulgations strictes, primant sur leur volonté de conserver la confidentialité de données.

Face à cette dichotomie, il convient de s'interroger sur le point de savoir si le droit au secret, tel qu'il est encadré par les libertés économiques est suffisant, en particulier pour les entreprises privées, ou s'il apparaît nécessaire de le renforcer par une législation *ad hoc*. Cette option retenue par certains pays[237] a récemment fait l'objet d'une directive européenne[238] dont la transposition en droit interne est intervenue récemment[239]. L'appréciation du bien-fondé du choix d'une directive *ad hoc* ne peut se faire sans une analyse préalable des différents secrets applicables à l'information protégée.

---

la communication serait de nature à porter atteinte aux règles de concurrence libre et loyale et de non-discrimination imposées par la loi. L'article 1er du décret du 16 juillet 2001, pris pour l'application de ces articles, précise que la confidentialité des informations relatives aux volumes d'électricité produite doit être préservée par ces gestionnaires. La commission considère que ces dispositions font obstacle, en application du h) du 2° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 qui exclut du droit d'accès les documents relevant d'un secret protégé par la loi (…) ». (nous soulignons)

[235] TPICE 21 juin 2006, aff T-47/02, points 42 et 43 : « *à supposer même que les obligations de publicité en cause aient un effet suffisamment direct et significatif sur l'usage des droits invoqués par les requérants* [protection du secret d'affaires, des principes de libre concurrence et de proportionnalité, ainsi que du droit de propriété], ***la restriction qu'elles comportent, en particulier celle relative au droit d'une entreprise de pouvoir tenir secrètes certaines données potentiellement sensibles, paraît, en tout état de cause, clairement justifiée***. *En effet, d'une part, les mesures imposées par les première et quatrième directives sociétés poursuivent le* ***double objectif d'intérêt économique général*** *édicté à l'article 44, paragraphe 2, sous g), CE, à savoir la* ***protection des tiers contre les risques financiers*** *que comportent les formes de sociétés qui n'offrent comme garanties aux tiers qu'un patrimoine social et* ***l'instauration dans la Communauté des conditions juridiques minimales équivalentes en ce qui concerne l'étendue des renseignements financiers devant être portés à la connaissance du public par des sociétés concurrentes***. *D'autre part, l'éventuel préjudice qu'entraîneraient les obligations* imposées par ces *dispositions en matière de publicité paraît de nature limitée, tant il paraît douteux que ces règles soient susceptibles de modifier la position concurrentielle des sociétés concernées*

[236] C.Champaud et D.Danet, Commentaire de CJCE, 2e ch., ord. du 23 sept. 2004, aff C-435/02 et C-103/03 A. Springer c/ Zeitungsverlag Niederrhein gmbH et H.-J. Weske ; CE, 20 oct. 2004, n° 260898, TF1 c/ Canal+ et Lagardère Images, RTD Com. 2005 p.99

[237] A titre d'exemple: Uniform Trade Secret Act aux Etats-Unis, Act on the Protection of Trade Secrets en Suède

[238] Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, publiée le 15 juin 2016 au JOUE L 157/1

[239] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires

Section II – Les différents secrets applicables à l'information protégée

35. L'information peut être considérée en tant que telle ou en fonction de la personne de son détenteur, susceptible de disposer de prérogatives particulières[240]. La protection conférée à l'information est distincte selon qu'elle est issue de l'objet de l'information en elle-même[241] ou du sujet en possession du renseignement.

Les informations protégées telles qu'elles sont définies dans la présente étude[242] concernent exclusivement les informations ayant une valeur économique intrinsèque pour un opérateur économique. En d'autres termes, l'information protégée tire sa valeur de son contenu et non de la personne de son détenteur. En conséquence, les développements suivants se concentrent sur les modes de protection d'une information selon son objet, en écartant du champ d'étude les informations confidentielles du fait de leur sujet. Cet examen est conduit à travers l'examen des différents secrets saisis par le droit : le secret de fabrique (**§1**), le savoir-faire (**§2**) et le secret d'affaires (**§3**).

§1. Le secret de fabrique

36. Origine. La spécificité du secret de fabrique réside dans le fait qu'il est uniquement appréhendé par le biais de sa violation, sanctionnée pénalement. Initialement, cette infraction était prévue par l'article 418 du code pénal[243]. Le contenu de cette disposition abrogée par la loi 92-597 du 1er juillet 1992, a été transféré dans deux corpus législatifs.

37. Textes actuels. Deux textes font aujourd'hui mention de la violation du secret de fabrique : l'article L.1227-1 du code du travail et l'article L.621-1 du code de la propriété

[240] Tel le secret professionnel inhérent à certaines professions telles que les médecins, avocats… ou les secrets propres à certains domaines d'activités tel le secret bancaire

[241] *Intuitu materiae* selon la formulation de G. Loiseau, in Colloque « Le secret à l'ère de la Transparence, » - Rapport de synthèse, JcpG n° 47 - hors-série, 19 Novembre 2012

[242] Voir *supra* n°8

[243] Article créé par la loi 1810-02-19 promulguée le 1er mars 1810 disposant : « *Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Français résidant en pays étrangers des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1800 F à 120000 F. Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code* [droits civiques, civils et de famille]*, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus à compter du jour où il aura subi sa peine. »*
Si ces secrets ont été communiqués à des Français résidant en France, la peine sera d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 15000 F. Le maximum de la peine prononcée par les paragraphes 1er et 3 du présent article sera nécessairement appliqué s'il s'agit de secrets de fabrique d'armes et munitions de guerre appartenant à l'Etat. »

intellectuelle (CPI). Bien que ces deux articles appartiennent à des corps de règles distincts, le premier relevant du droit social et le second du droit de la propriété intellectuelle, ils se font en réalité écho, l'article L.621-1 du CPI consistant en la citation de l'article L.1227-1 du code du travail. Il est dès lors possible d'appliquer ces deux textes indifféremment[244]. Il est intéressant de noter les emplacements respectifs de ces articles dans les législations correspondantes : ces textes sont les articles uniques de chapitres *ad hoc*, dénotant une tournure sibylline particulièrement peu fréquente dans les textes récents[245]. Un tel choix pourrait signifier l'importance de cette règle qui nécessite qu'un chapitre lui soit exclusivement dédié. Il s'agit plus probablement de l'impossibilité de rattacher une incrimination, dont les caractères peuvent être perçus comme obsolètes, aux droits de propriété intellectuelle consacrés. Il en résulte une disposition à part, dont les caractéristiques propres (**A**) ne suffisent pas à l'appréhender et qui est, en conséquence, évoquée par comparaison avec les caractéristiques des droits de propriété intellectuelle (**B**).

A/ Secret de fabrique et caractéristiques propres

38. Incrimination. La violation du secret de fabrique est incriminée par l'article L.1227-1 du code du travail et l'article L.621-1 du CPI de la manière suivante : « *le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal*. » L'examen de cette incrimination ainsi que de la jurisprudence[246] permet d'établir les caractères et les lacunes propres à la qualification de ce délit. La formulation des articles susmentionnés que celle de l'ancien article 418 du code pénal impliquent une sanction pénale de la révélation du secret de fabrique[247]. La divulgation du secret est ici exclusivement perçue comme un délit[248], dont la commission ou la tentative sont sanctionnées par un emprisonnement de deux ans et

[244] J. Passa, Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, édition LGDI 2013, n°929

[245] L'article L.612-1 du CPI constitue ainsi l'unique disposition du Chapitre I[er] intitulé le « *Secret de fabrique* », du Titre II du Livre 6[ème] du CPI consacré à la « *Protection des mesures techniques* » ; l'article L.1227-1 du Code du travail est l'unique disposition du Chapitre VII nommé « *Dispositions pénales* » du Titre II dédié à la « *Formation et* [l']*exécution du contrat de travail* »

[246] ancienne et plus récente

[247] encore renforcée par le titre du Chapitre VII du code du travail expressément intitulé « *Dispositions pénales* »

[248] Cela n'empêche pas la que le délit soit concomitamment constitutif d'une faute civile, mais celle-ci n'est toutefois pas mentionnée par les textes visés.

30 000 euros d'amende. Si certains éléments caractéristiques du délit sont précisés, à l'instar de la personnalité de son auteur, ainsi que la sanction du délit, certains éléments essentiels à l'incrimination, en particulier la définition du « secret de fabrication » font défaut.

39. Contenu du secret de fabrique. Les articles du code du travail et de la propriété intellectuelle ne comprennent pas de définition précise. Ils sanctionnent la révélation du « secret de fabrication » sans plus de détail. Ce défaut de caractérisation semble contraire au principe de légalité des délits et des peines[249] qui exige que les éléments d'une infraction soient préalablement définis par la loi ou le règlement. Comment dès lors incriminer la divulgation d'un secret de fabrication, sans avoir défini au préalable l'objet de l'infraction ?

40. Ancien article 418 du code pénal. Selon Monsieur Gallochat[250], l'ancien article 418 du code pénal avait un libellé subtilement distinct dénotant un champ d'application plus large que les articles actuellement en vigueur en disposant que « *Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Français résidant en pays étrangers* ***des secrets de la fabrique*** *où il est employé, sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1800 F à 120000 F* »[251]. Avec une telle formulation, l'incrimination ne visait pas un processus secret dont l'objet tenait à la fabrication d'un produit mais toutes les informations détenues secrètes par une entreprise, les « secrets de la fabrique »[252]. La différence de portée est alors considérable. Une telle interprétation, pour séduisante qu'elle soit, aboutit à une véritable difficulté pratique de caractérisation du secret de la fabrique Elle heurte frontalement le principe de légalité des délits et des peines, l'objet du secret, élément fondamental dans l'incrimination, n'étant aucunement défini. La jurisprudence a choisi une voie plus sage et une interprétation plus restrictive de l'ancien article 418, permettant une mise en œuvre effective de cette disposition pénale[253].

41. Un secret de fabrication. Pour aboutir à un champ d'application effectif, la jurisprudence définit strictement le secret visé par l'incrimination pénale. Ainsi, la Cour de cassation dans

[249] Enoncé par l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », repris par l'article 111-3 du code pénal disposant : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement* »

[250] - A.Gallochat, « L'industrie face au secret », in « La propriété industrielle et le secret », journée d'étude faculté de droit Lyon – 4 avril 1995, Centre Paul Roubier, ed. Litec Coll du CEIPI n°40, p.51

[251] Nous soulignons les « secrets » au pluriel, « de **la** fabrique »

[252] Fabrique s'entendant comme le synonyme d'entreprise

[253] Ladite jurisprudence est applicable aux articles du code du travail et du CPI actuellement en vigueur

une décision du 30 décembre 1931 énonce[254] que : « *Constitue un secret de fabrique, au sens de cet article* [l'article 418 du code pénal]*, tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial mis en usage par un industriel et tenu caché par lui à ses concurrents, qui ne le connaissent pas* ». Le secret de fabrique doit donc être entendu strictement comme un « procédé de fabrication », mis en œuvre par un industriel et tenu secret. Cette définition étroite du secret de fabrique demeure aujourd'hui. En conséquence, la cour d'appel de Paris[255] a estimé qu'il ne pouvait exister un quelconque secret de fabrique concernant des emballages de produits cosmétiques dans la mesure où « *la réalisation de ces emballages n'impliqu[ait] pas la mise en œuvre d'un moyen de fabrication particulier, tenu caché, élément constitutif de l'*infra*ction* ».

42. Secret individuel ou partagé. La question s'est posée de savoir si le secret de fabrication devait n'être détenu que par une seule entreprise ou s'il pouvait être partagé par plusieurs. Une des caractéristiques du secret de fabrication tel que défini par la jurisprudence[256] est en effet, qu'il soit « tenu caché à ses concurrents ». Dans ces circonstances, comment un secret de fabrique pourrait-il être partagé par plusieurs entreprises du même secteur ?

Cette contradiction apparente a été écartée par la cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 26 mai 2005[257], confirmé par la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 septembre 2006[258] en ces termes : « *il n'importe que le procédé de fabrication révélé soit ou non la propriété d'un seul industriel, les dispositions des articles L. 621-1 du code de la propriété industrielle et 157-2 du code du travail s'appliquant à la divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents et, qu'en l'espèce, "*ceux qui étaient censés connaître le secret le cachaient eux aussi" ». En conséquence, si le secret de fabrique ne saurait être répandu parmi tous les industriels d'un secteur[259], il n'est pas pour autant nécessaire qu'il ne soit connu que d'un unique opérateur. Plusieurs entreprises peuvent en avoir connaissance sans que cela affecte la nature du secret

[254] Cass Crim 30 décembre 1931, Gaz. Pal. 1936. 1. 333, cité par N. Binctin, Répertoire Dalloz de droit commercial - Savoir-faire, janvier 2018, n°2 et antérieurement J. Schmidt Szalewski, Répertoire Dalloz de droit commercial - Savoir-faire, février 2009, n°1 ; voir également Cass Crim 10 décembre 1957, Bull.crim. n° 822 p.1486

[255] CA Paris 1er février 2001, 9ème Chambre Section B, Goncalves, Morel et a. c/ Ministère Public, RG n°00/03898, jurisdata n° 2001-142799

[256] Voir Cass Crim 10 décembre 1957 précité

[257] CA Montpellier 26 mai 2005, 3ème chambre correctionnelle, Fernandez, Martinez c/ Ministère public, RG n°05/00307, jurisdata n°2005-291997

[258] Cass Crim 19 septembre 2006, n°05-85.360, jurisdata n°2006-035553

[259] Comment pourrait-on alors le dénommer « secret » ?

de fabrique, à condition toutefois que chacune soit attentive à préserver son caractère secret[260].

La définition retenue du secret de fabrique a pu paraître manquer de précision, notamment s'agissant de son « intérêt pratique ou commercial ». Afin de résoudre cette difficulté, la jurisprudence a entrepris d'appliquer dans différentes tentatives de clarification, des caractéristiques propres aux droits de propriété intellectuelle au secret de fabrique.

B/ Secret de fabrique et caractéristiques propres aux droits de propriété intellectuelle

43. Les efforts entrepris par la jurisprudence pour circonscrire plus précisément le secret de fabrique, en faisant appel à des concepts de droit de propriété intellectuelle, aboutissent à des propositions qui nous paraissent inadaptées, voire inopportunes. A titre d'exemple, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 septembre 2008[261], pour réfuter la caractérisation d'un secret de fabrique, mêle tour à tour des références au droit des brevets, au droit des marques et au droit d'auteur. Elle énonce ainsi : « *les formules chimiques afférentes aux dômes, comme celles relatives aux plastisols, ne constituent pas un secret de fabrique dès lors qu'aucun brevet ou marque de fabrique n'a été déposé et que leur originalité n'est pas démontré* ». La cour d'appel semble de ce fait refuser la qualification de secret de fabrique à des procédés (les formules chimiques) parce qu'ils ne peuvent prétendre à une protection par un droit de propriété intellectuelle. Ceci va à l'encontre de la définition jurisprudentielle du secret de fabrication qui n'exige rien de tel et contredit même l'essence du secret de fabrique qui implique une absence de divulgation, expressément requise[262] à l'inverse par le droit des brevets[263] et par le droit des marques[264]. C'est pourtant une tendance que l'on retrouve dans d'autres décisions. Apparaît ainsi dans des jugements et arrêts l'exigence que le secret réponde à des conditions de validité propres à certains droits de propriété intellectuelle.

---

[260] Notamment par des clauses de confidentialité, procédure internes ad hoc… cf CA Grenoble 19 mars 2012, 1ère Chambre correctionnelle, SA Micro-Technic et a. c/ Ministère public, RG n°11/01328, jurisdata n° 2012-020133

[261] CA Paris 26 septembre 2008, 13ème chambre des appels correctionnels, section B, époux Verrier c/ Ministère public, RG n°06/03934, jurisdata n°2008-002120

[262] Une telle divulgation n'est en revanche pas exigée par le droit d'auteur.

[263] C.Caron, « Secret et relations d'affaires - secret et propriété intellectuelle », revue Droit et patrimoine 2002, n°102 : « *il est obligatoire de divulguer le secret de l'invention pour satisfaire à l'exigence de la nouveauté et bénéficier du titre, du brevet d'invention* » (…) « *le brevet étant l'antinomie du secret, le monopole est délimité par la destruction du secret* ».

[264] *Ibid.* : « *la marque ignore, par essence, le secret, car elle est essentiellement un instrument de communication* »

44. Un secret brevetable. Bien que le caractère brevetable du procédé visé par le secret soit en principe indifférent[265], certaines juridictions[266] ont pu requérir que l'objet du secret de fabrique soit brevetable pour bénéficier de la protection des articles L.1227-1 du code du travail et L.612-1 du CPI. Selon M. Thibault du Manoir de Juaye[267], « *ce lien avec la brevetabilité d'un produit est étonnant car il ajoute une condition au texte qui se trouve alors partiellement vidé de sa substance. En effet, le texte sur le secret de fabrique n'a pas vocation à protéger uniquement l'avant-brevet, mais également des savoir-faire ou techniques qui ne peuvent être brevetés, à la condition qu'ils soient originaux* ». Exception faite de la référence à une originalité prétendument nécessaire[268], nous nous accordons sur cette analyse qui fait apparaître une limitation artificielle du champ d'application du secret de fabrique en ajoutant une condition hors de toute exigence légale. Le propre d'un secret de fabrique est son caractère confidentiel, à l'opposé d'une logique de brevet qui implique la divulgation de l'invention par le biais de la publication. Toute invention brevetable n'est certes pas brevetée, et par voie de conséquence divulguée, mais exiger du secret de fabrique qu'il soit un procédé de fabrication brevetable nous paraît aboutir à un véritable contre-sens ou, à tout le moins, à une réduction injustifiée de sa portée.

45. Un secret original. D'autres décisions[269] ont ajouté une condition d'originalité au secret de fabrique, exigence relevée par les juridictions du fond[270] et validée par la Cour de cassation[271].

---

[265] Voir notamment CA Grenoble 19 mars 2012, 1ère Chambre correctionnelle, SA Micro-Technic et a. c/ Ministère public, RG n°11/01328, jurisdata n° 2012-020133 : « *Un secret de fabrique est un procédé industriel, brevetable ou non, offrant un intérêt pratique ou commercial, connu d'un ou d'un petit nombre d'industriels te tenu par eux caché à leurs concurrents* »

[266] Voir notamment TGI Clermont-Ferrand Ch. corr. 21 juin 2010, Michelin, revue communication commerce électronique n°3 mars 2011, comm. n°31, également CA Paris 26 septembre 2008, jurisdata n°2008-002120 précité, CA Douai 16 mars 1967, D.1967 p.637

[267] T. du Manoir de Juaye, « Le secret d'affaires – commentaires de décisions récentes », revue Lamy Droit de l'immatériel, novembre 2010 n°65, p.69

[268] Voir *infra* n°45

[269] Cass. Crim. 20 juin 1973 Ann. 1974 p.85 et Cass. Crim. 12 juin 1974 Ann. 1974 p.97; PIBD 1974, III, 399

[270] Voir par exemple CA Bordeaux, 3ème Ch. corr. 15 novembre 1989, Ministère public c/ Berjonneau et a. RG n°188/89, jurisdata n°50951 énonçant : « *le secret de fabrique est caractérisé par quatre éléments : le secret, industriel, **original** et propre à l'entreprise* »

[271] Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 juin 1973 précité rappelle que « *les juges d'appel précisent que, selon les conclusions des experts judiciaires commis, ces dispositifs constituaient des procédés de fabrication d'une certaine **originalité**, présentant un intérêt pratique et commercial pour la société Ulmic en ce qu'ils permettaient une amélioration de la production et une diminution des prix de revient* » (…) et concluent « p*ar ces énonciations qui relèvent de leur pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux, les juges du fond ont caractérisé en tous leurs éléments constitutifs les délits de révélation de secrets de fabrique et de complicité*

Le 19 septembre 2006, la chambre criminelle de la Cour de cassation[272] a ainsi rappelé, dans un premier temps le raisonnement de la cour d'appel admettant la condition d'originalité : « Attendu que, pour confirmer le jugement ayant déclaré José X... coupable du délit de révélation de secret de fabrique, l'arrêt retient que la machine-outil présente une **réelle originalité** et que la complexité et le degré d'élaboration sont certains au regard des documents fournis et de la technicité mise en œuvre (…) », pour ensuite le confirmer dans les termes suivants : « Attendu qu'en l'état de ces motifs la cour d'appel a caractérisé **en tous ses éléments constitutifs[273]** le délit de révélation de secret de fabrique dont elle a déclaré le prévenu coupable ». En contradiction avec le texte de la loi qui n'exige rien de tel et à rebours de la jurisprudence, la Cour de cassation admet que l'originalité de la machine-outil fasse partie des éléments constitutifs de l'infraction.

Certains auteurs considèrent cette exigence d'originalité comme naturelle ou à tout le moins ne la remettent pas en cause[274]. A l'instar de Madame le Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, elle nous paraît au contraire inadaptée en raison de la particularité de cette notion propre au droit d'auteur[275]. Dans son commentaire de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 12 avril 2002[276], Madame le Professeur Schmidt-Szalewski écrit ainsi : « *Ces décisions sont contestables, en ce qu'elles remplacent la condition de brevetabilité - non exigée - par celle d'originalité, dont on ne perçoit pas davantage la justification en la matière. S'agissant d'une technique qui, par hypothèse n'est pas l'objet d'un droit exclusif, les seules conditions logiquement admissibles sont celle du caractère secret, que son possesseur a voulu sauvegarder et de l'intérêt économique. Ce sont d'ailleurs exclusivement ces conditions qui sont retenues par l'article 39 de l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au*

[272] Cass Crim 19 septembre 2006, n°05-85.360, jurisdata n°2006-035553 précité, RTDCom 2007, p.529, obs J-Ch Galloux

[273] Nous soulignons.

[274] Voir notamment M. Malaurie-Vignal, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », Dalloz 2012 p.1415, T. du Manoir de Juaye, « Le secret d'affaires – commentaires de décisions récentes », précité, J. Lasserre Capdeville, « Le délit de violation du secret de fabrique », précité précisant que « *de ce caractère secret peut être rapproché selon nous, le caractère innovant ou original d'un procédé. En effet, si ce-dernier est « classique », on peut légitimement penser qu'il est susceptible d'être connu de tous et n'est donc plus, à ce titre secret. Le délit impliquera ainsi que le procédé soit original* », J-C Galloux, « La protection du savoir-faire », note sous Cass Crim 19 septembre 2006, n°05-85.360, RTDCom 2007 p.529

[275] J. Passa indique à cet égard que : « *la jurisprudence exige souvent à ce titre un secret de fabrique « original », même si le terme est mal choisi en raison du sens précis qu'il revêt en droit d'auteur, qui peut à la rigueur induire une confusion avec la condition d'accès à la protection privative, ici les conditions de brevetabilité »,* in Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, précité, n°930 p.1015

[276] J. Schmidt-Szalewski, « Divulgation de secret de fabrique et vol », note sous CA Paris 13e ch., B, 12 avr. 2002, Sté Sonachim et Verrier c/ Sté Synthesia, Propriété industrielle n° 2, Février 2003, comm. 15, jurisdata n° 2002-181519

commerce (ADPIC), annexé à l'accord créant l'Organisation mondiale du commerce. (…) Or, l'ajout d'une condition supplémentaire à la définition de telles informations constitue bien une restriction à la possibilité de leur protection (ici par le droit pénal) ». On ne peut comprendre la référence à l'originalité que si elle signifie que le procédé ne doit pas être connu des concurrents, autrement dit faisant partie d'un patrimoine commun des opérateurs économiques dans un secteur donné[277]. Mais cela revient à dire que le procédé doit être secret.

En conclusion la chambre sociale de la Cour d'appel de Nancy[278] retient que « *la notion de secret de fabrication juridiquement protégé implique l'invention d'un mode de production objectivement défini qualitativement et quantitativement ; (…) elle est incompatible avec l'acquisition d'une pratique empirique faite d'habileté et d'expérience* ». Cette définition visant le « secret de fabrication juridiquement protégé » s'applique parfaitement au secret de fabrique. Elle est aussi adaptée au savoir-faire, qui, selon nous, englobe le secret de fabrique.

§2. Le savoir-faire

46. Le savoir-faire est une notion plus large que le secret de fabrique tel que nous l'avons précédemment examiné. Il est donc possible de considérer que les secrets de fabrique sont des savoir-faire mais que la réciproque n'est pas systématique. Afin de préciser cette articulation, le savoir-faire doit, dans un premier temps, être défini (**A**). Une fois sa nature établie, il est nécessaire de se pencher sur son régime et de s'interroger notamment sur la possibilité de son appropriation (**B**). A l'issue de ces démarches réalisées, le savoir-faire doit enfin être examiné au regard des relations qu'il entretient avec le dernier type de secret étudié, le secret d'affaires (**C**).

---

[277] Voir ainsi J. Passa dans son Traité sur la propriété industrielle, précité, n°930 p.1016 commentant CA Paris 13ème chambre 12 avril 2002: « *La cour de Paris a estimé que le délit de divulgation de secret de fabrique n'était pas constitué parce que « les procédés de fabrication des plastisols, mis en œuvre par la société S. (prétendue victime), ne présentaient pas un caractère d'originalité,* ***dès lors que des sociétés concurrentes fabriquaient habituellement des produits comparables*** *et étaient susceptibles, après recherches de leurs propres techniciens, de fabriquer les mêmes produits » et que «* ***le procédé de fabrication utilisé par les concurrents étaient le même*** *et que l'utilisation d'une formule pratiquée habituellement par la société S. lui permettait seulement d'obtenir un gain de temps ». Cependant, le fait que la société victime ait détenu des informations lui procurant un gain de temps, et donc dotées pour cette raison d'un certain intérêt, permettait précisément de caractériser le secret de fabrique tant que les concurrents n'avaient pas largement accès à ces informations ; et le fait que les techniciens de ceux-ci soient susceptibles de parvenir à leur connaissance par leurs recherches est indifférent tant qu'il n'y sont pas effectivement parvenus par cette voie ».* [Nous soulignons]

[278] CA Nancy Ch. soc. 14 février 1995, Evryn c/ SA Braquier « La dragée de Verdun », RG n°00002169/94, jurisdata n°1995-040471

A/ Définitions du savoir-faire

47. Le savoir-faire est une notion riche dont les sources d'appréciation sont variées. Il est ainsi défini par la doctrine (**i**), la législation (**ii**) et la jurisprudence (**iii**), chacune de ces visions étant influencée par le cadre dans lequel elle intervient. La jurisprudence met ainsi en exergue des éléments d'espèce devant être pris en compte dans l'application de la législation, tandis que la doctrine s'efforce de proposer une synthèse des différents composants nécessaires à la qualification d'un savoir-faire.

i) Définitions doctrinales

48. Savoir-faire et know-how. Messieurs Rémiche et Cassiers[279] expliquent que « l*'expression « know-how », d'origine américaine, adoptée en 1943 dans le langage courant des Etats-Unis est l'abrégé de la formule «* the know-how to do it *» : «* le fait de savoir comment s'y prendre, le fait de savoir comment faire », *qu'on a cherché à traduire en français par l'expression* « savoir-faire technique *»*. » Ces auteurs listent trois types de savoir-faire : « *le tour de main* », c'est-à-dire la dextérité propre à une personne identifiée, « *le savoir-faire technique* » brevetable ou non, concernant la fabrication d'un produit et le « *savoir-faire non technique* » consistant essentiellement en des « *méthodes commerciales, administratives, financières… exclues du champ de la brevetabilité* ». La présente étude s'attache à examiner les savoir-faire technique et non technique, en écartant l'habileté individuelle qui ne ressort pas de la même problématique par plusieurs aspects. Le bénéfice par un opérateur économique des aptitudes personnelles d'un individu nécessite en effet impérativement la « *collaboration de l'agent qui en est détenteur* »[280] et ne présente pas de « *valeur négociable en elle-même* »[281]. En revanche, le savoir-faire détenu par une entreprise est susceptible d'être communiqué à des partenaires ou des concurrents, ce qui n'est pas le cas du tour de main, indissociable de la personne qui le maîtrise[282]. Messieurs Rémiche et

[279] B. Remiche & V. Cassiers, « Droit des brevets d'invention et du savoir-faire – Créer, protéger et partager les inventions au XXIème siècle », Manuels Larcier 2010, p.636

[280] Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, J. Schmidt-Szalewski, février 2009, n°11et N. Binctin, Répertoire Dalloz de droit commercial - Savoir-faire, janvier 2018, n°12

[281] F. Magnin, « Know-how et propriété industrielle », Ceipi, ed Litec 1974 , p. 39, no 60-61 « Le tour de main (...) ne constitue pas, en soi, une réalité indépendante de la personne qui l'exerce. Il n'est que la manifestation, dans le domaine de la technique, de certaines qualités inhérentes à cette personne, et, de ce fait, n'est pas susceptible d'une description précise. (…) Il ne représente pas, en effet, au point de vue économique, une valeur négociable en elle-même et il ne peut être transféré d'une entreprise à une autre qu'avec la personne qui le possède. » ; CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD 1975. 154. III. 323

[282] Voir CA Nancy Ch. soc. 14 février 1995, Evryn c/ SA Braquier précité

Cassiers précisent que le *know-how* ne couvre qu'une partie du savoir-faire qui comprendrait également la catégorie des « trade secrets »[283]. En d'autres termes, le savoir-faire serait une catégorie plus large comprenant deux « sous-catégories » de secret, le *know-how* et les *trade secrets*, c'est-à-dire les secrets d'affaires. Nous sommes réservés sur cette assertion car il nous semble, à l'inverse, que le savoir-faire doit être compris comme englobé dans les secrets d'affaires[284].

49. Savoir-faire et exploitation industrielle. Selon M. Paul Mathely[285], « *le savoir-faire s'entend d'un ensemble de connaissances et d'expériences, directement applicables dans la pratique, et servant à une exploitation industrielle* ». Cette définition du savoir-faire rejoint celle proposée dans les années 1970 par l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle[286] (AIPPI)[287] ainsi libellée : « *On appelle savoir-faire (know-how) des connaissances et expériences de nature technique, commerciale, administrative, financière ou autre, qui sont applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession* ». Ces définitions permettent une appréhension large de la notion qui englobe, à la fois, des connaissances « technologiques » et des savoirs issus de tous autres domaines (commercial, financier, administratif…). Elle couvre ainsi les « savoir-faire technique » et « savoir-faire non technique » précédemment évoqués. Ces définitions sont encadrées par deux conditions qui limitent leur champ d'application : les connaissances visées doivent être applicables dans la pratique et avoir vocation à servir une exploitation industrielle[288].

50. Applicabilité du savoir-faire. Les définitions proposées par M. Mathély et l'AIPPI évoquent toutes deux des connaissances « *applicables dans la pratique* », M. Mathély

[283] B. Remiche & V. Cassiers, « Droit des brevets d'invention et du savoir-faire – Créer, protéger et partager les inventions au XXIème siècle », précité
[284] Sur les rapports entre savoir-faire et secrets d'affaires, voir *infra* n°62
[285] P. Mathély, Le nouveau droit français des brevets d'invention, édition du JNA 1991, p.14-15
[286] AIPPI, Question 53A, 28ème Congrès de Mexico, 12-18 novembre 1972 et Comité exécutif et Conseil des Présidents de Melbourne, 24 février-2 mars 1974
[287] Ce qui n'est au demeurant pas surprenant, compte tenu des rapports étroits entretenus par P. Mathély et l'AIPPI, dont il fut Rapporteur Général pendant de nombreuses années puis Président honoraire.
[288] Ces éléments ne sont pas sans rappeler une des trois conditions de brevetabilité : l'invention pour être brevetable doit notamment être susceptible d'application industrielle [article L611-10 al 1 CPI]. Cette similitude nous semble toutefois devoir être considérée avec prudence dans la mesure où il est entendu qu'un savoir-faire peut être brevetable ou non et que ce n'est en aucun cas une condition de son existence cf Ch. Le Stanc, « Propriété intellectuelle et savoir-faire », Prop. Ind. n°5 mai 2013, repère n°5

ajoutant même l'adverbe « *directement* »[289]. Il en résulte l'exigence que le savoir-faire envisagé soit d'application immédiate. Il ne peut donc être constitué de connaissances théoriques dont la mise en œuvre nécessiterait au préalable la validation d'expériences. A l'inverse, le savoir-faire est le résultat de ces connaissances empiriques, utilisables immédiatement. Le Professeur Schmidt-Szalewski[290], reprenant l'appréciation du Professeur Mousseron, nuance toutefois cette opinion en expliquant qu'« *à la différence des techniques brevetées, le savoir-faire n'est pas nécessairement constitué d'éléments susceptibles d'application pratique immédiate*. » L'exemple retenu concerne des méthodes ou des systèmes abstraits qui sont susceptibles de constituer un savoir-faire. Dans ce cas, le savoir-faire serait d'application médiate. Il nous semble que cette hypothèse doit être retenue. Exiger un savoir-faire applicable « *directement* » fait courir le risque d'une appréciation trop restrictive du savoir-faire, excluant des informations qui devraient être protégées à ce titre.
Il est en revanche nécessaire que le savoir-faire ait une applicabilité concrète, qu'elle soit médiate ou immédiate. A défaut de portée pratique, il ne s'agit plus à notre sens de savoir-faire, mais d'informations confidentielles qui relèvent alors du secret d'affaires[291]. De surcroît l'exigence d'une utilisation pratique du savoir-faire rejoint l'objectif d'exploitation dans le cadre d'une entreprise ou d'une profession. L'usage du savoir-faire s'inscrit dans la stratégie d'exploitation de l'opérateur et sert ainsi les intérêts de l'activité économique dans lequel il est développé. Ces différents éléments permettent de consacrer une définition de référence du savoir-faire.

51. Définition consacrée du savoir-faire. La définition classique, qualifiée de « *traditionnelle* » par le Professeur Passa[292], est issue des travaux du Professeur Mousseron[293]. Elle décrit le savoir-faire comme un « *ensemble de connaissances techniques, transmissibles et non immédiatement accessibles au public* ». Le Professeur Le Stanc a détaillé les différents éléments de cette définition.

52. Connaissances techniques. Le Professeur Le Stanc précise que l'on entend par « connaissances », des « *choses immatérielles distinctes des supports corporels sur lesquels*

[289] Voir définition du savoir-faire : « le savoir-faire s'entend d'un ensemble de connaissances et d'expériences, **directement** applicables dans la pratique, et servant à une exploitation industrielle ». [Nous surlignons]
[290] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire Dalloz de droit commercial, Savoir-faire, février 2009
[291] Sur la distinction entre savoir-faire et secret d'affaires, voir *infra* n°62
[292] J. Passa, Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, édition LGDI 2013, n°904 p.989
[293] J- M. Mousseron, « Traité des brevets », précité, n°12

elles peuvent se trouver fixées »[294]. Cela rejoint la caractéristique relevée par le Professeur Raynard[295] qui met en exergue l'absence de corpus corporel du savoir-faire. En d'autres termes, le savoir-faire est distinct de son support, mais cela n'empêche pas, loin s'en faut, que ces connaissances soient formalisées[296]. Leur caractère technique ne se limite pas à l'aspect technologique mais relève plutôt d'une acception large de la notion, au sens « *d'industrie humaine (...) incluant éventuellement des connaissances commerciales* »[297]. On retrouve ainsi la consécration d'un savoir-faire non technique.

53. Connaissances transmissibles. Ces connaissances doivent également être « transmissibles »[298], « *c'est-à-dire susceptibles d'être formalisées (...) et communiquées à des tiers* »[299]. Il en résulte une obligation de formalisation concrète du savoir-faire dès lors que sa communication est souhaitée. Il n'existe, pour cela, pas de cadre obligatoire et différents biais peuvent être utilisés. Il peut s'agir d'un cahier de laboratoire, d'un prototype, des plans, des fichiers informatiques, etc…, tout moyen peut être envisagé s'il est apte à remplir la fonction de transmission.

54. Connaissances secrètes. Les connaissances objet du savoir-faire doivent enfin être « *non immédiatement accessibles au public* ». Cela signifie qu'il s'agit d'« *informations relativement secrètes, non nécessairement nouvelles de nouveauté absolue au sens du droit des brevets, mais à même de faire gagner du temps et de l'argent* »[300] à celui qui en reçoit communication. Autrement dit, les connaissances doivent être confidentielles et ne pas appartenir au domaine public. Cela n'emporte pas pour conséquence que le secret doive être absolu. Comme pour le secret de fabrique[301], le fait que plusieurs personnes disposent du savoir-faire n'est pas de nature à l'anéantir, à condition toutefois que ces individus soient tenus à confidentialité. Il est alors possible de qualifier le savoir-faire de secret « relatif »[302]. Il

[294] Ch. Le Stanc, Propriété intellectuelle et savoir-faire, Prop. Ind. n° 5, Mai 2013, repère 5
[295] J. Raynard, « Retour sur le savoir-faire non breveté », Liber amicorum Georges Bonet, éd Lexis-Nexis, Coll IRPI n°36, 2010
[296] Voir infra sur la transmissibilité des connaissances
[297] Ch. Le Stanc, Propriété intellectuelle et savoir-faire, Prop. Ind. n° 5, Mai 2013, repère 5
[298] F. Magnin, « Know-how et propriété industrielle », Ceipi, ed Litec 1974, p. 115, n°212 « *L'essence même du know-how est d'être transmissible* »
[299] Ch. Le Stanc, Propriété intellectuelle et savoir-faire, Prop. Ind. n° 5, Mai 2013, repère 5
[300] *Ibid.*.
[301] Voir *supra* n°42
[302] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire Dalloz de droit commercial, Savoir-faire, février 2009, n°13, et N. Binctin, Répertoire Dalloz de droit commercial - Savoir-faire, janvier 2018, n°22

est enfin communément admis[303] que le savoir-faire n'est pas constitués d'informations brevetées, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elles ne soient pas brevetables. La publication inhérente au brevet étant incompatible avec le secret propre au savoir-faire, un savoir-faire breveté n'aurait pas de sens. A l'inverse, il est parfaitement envisageable de conserver secret un savoir-faire brevetable afin de profiter de l'avantage concurrentiel conféré par la détention de cette information protégée.

La définition doctrinale examinée doit désormais être mise en parallèle avec les législations évoquant le savoir-faire, afin d'en déterminer les éléments consacrés par le droit positif.

ii) Définition légale

55. Il n'existe pas de définition légale du savoir-faire à proprement parler, mais plusieurs textes évoquent ses caractéristiques. Dans un ancien arrêté du 12 janvier 1973, le législateur français a ainsi retenu la référence à « *l'habileté technique acquise par l'expérience, les connaissances pratiques* »[304]. Aujourd'hui, les textes les plus explicites pour définir précisément le savoir-faire sont les règlements d'exemption européens. On retrouve la même définition dans trois règlements d'exemption concernant respectivement le transfert de technologie, les accords de recherche et développement et les accords verticaux. Les versions en vigueur de ces textes sont constituées par : le règlement n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (Article 1er i)[305], le règlement n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (Article 1er i) à

[303] Voir notamment, J. Passa, Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, éd. LGDI 2013, n°907 p.994, Ch. Le Stanc, Propriété intellectuelle et savoir-faire, Prop. Ind. n° 5, Mai 2013, repère 5, J. Schmidt-Szalewski, Répertoire Dalloz de droit commercial, Savoir-faire, ,février 2009, n°16 et N. Binctin, Répertoire Dalloz de droit commercial - Savoir-faire, janvier 2018, n°8

[304] Arrêté du 12 janvier 1973, JO 20/01/1973, cité in N. Binctin, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, janvier 2018, n°4

[305] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014, Art. 1er i) « savoir-faire » : *un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées, qui est :i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible*
ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels, et
iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité

l)[306], et enfin le règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Article 1er g)[307]. Le savoir-faire y est décrit comme un « *ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées* ». Les règlements 1217/2010 et 330/2010 ajoutent de surcroît que ces informations sont « *non brevetées* »[308], faisant ainsi écho à la définition doctrinale retenue[309].

56. Applicabilité du savoir-faire. On retrouve dans la première partie de la définition l'importance de l'applicabilité pratique des connaissances. Une précision est par ailleurs introduite quant à l'origine de ces informations : elles sont empiriques et doivent avoir été expérimentées. Il ne s'agit donc pas d'informations brutes, mais de savoirs résultant d'expérimentations. Une interprétation trop rapide pourrait laisser croire que ces textes ne concernent que le savoir-faire technique, pour lequel on visualise sans peine les expériences et tests nécessaires à son développement. Toutefois, il n'en est rien et le savoir-faire non technique est également envisagé.

Savoir-faire secret, substantiel et identifié. Les textes européens explicitent en effet trois attributs spécifiques du savoir-faire : il doit être secret, substantiel et identifié. « Secret » signifie « *non généralement connu ou facilement accessible* ». On retrouve l'idée d'un secret « relatif »[310] qui peut être détenu par plusieurs personnes mais ne doit pas être dans le domaine public. Le savoir-faire doit, par ailleurs, faire l'objet de mesures de nature à préserver sa confidentialité, à défaut desquelles il serait trop facilement accessible.
Le terme « substantiel » comporte des nuances selon la réglementation qui l'évoque. Les règlements d'exemption 316/2014 sur les transferts de technologies et 1217/2010 sur les

[306] Règlement n° 1217/2010 du 14 décembre 2010, Art. 1er i) *«savoir-faire»: un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testéesj) «secret» dans le contexte du savoir-faire: un savoir-faire qui n'est pas généralement connu ou facilement accessible;*
k) «substantiel» dans le contexte du savoir-faire: un savoir-faire qui est important et utile pour la production des produits contractuels ou l'utilisation des technologies contractuelles;
l) «identifié» dans le contexte du savoir-faire: un savoir-faire qui est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité.
[307] Règlement n° 330/2010 du 20 avril, Art 1er g) *«savoir-faire», un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; «substantiel» se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; «identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité.*
[308] *Ibid.*.
[309] Voir *supra* n°51
[310] Voir *supra* n°54

accords de recherche et développement, indiquent que « substantiel » s'entend d'un savoir-faire « *important et utile pour la production des produits contractuels* » ainsi que pour « *l'utilisation des technologies contractuelles* » dans le cas des accords de recherche et développement. Le règlement 330/2010 définit, quant à lui, le terme « substantiel » comme se référant au « *savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* ». Dans les deux cas, on retrouve dans le terme « substantiel », l'essence de l'exigence d'application industrielle, détaillée par les définitions doctrinales[311].

Enfin, le savoir-faire doit être « identifié », c'est-à-dire « *décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité* ». En conséquence, si le savoir-faire est distinct de son support, il est impératif qu'il puisse être formalisé.

Il apparaît ainsi que définition doctrinale et définition légale se rejoignent. Il convient alors d'examiner si la jurisprudence a choisi d'apprécier le savoir-faire en suivant les caractéristiques précitées ou si elle a introduit de nouveaux critères d'appréciation.

iii) Définition jurisprudentielle

58. La notion de savoir-faire dans la jurisprudence française date d'une cinquantaine d'années. Alors qu'il était auparavant uniquement question de « *secret de fabrique* », le *know-how* fait sa première apparition dans un arrêt de la cour d'appel de Douai du 16 mars 1967 qui retient que : « *la notion de secret de fabrique est distincte de celle d'invention brevetée ; qu'un caractère confidentiel peut s'attacher à un ensemble de* procédés ingénieux, d'importance mineure et non brevetables, *s'ils sont de nature à conférer un caractère plus compétitif a l'entreprise qui en est détentrice, dont ils réduisent les coûts de production ou améliorent la qualité des produits ; que ces techniques d'application et de mise en œuvre ou « Know how » peuvent concerner un procédé connu et tombé dans le domaine public...* »[312].

Dans la même affaire, la Cour rendit un second arrêt le 2 mai 1969 après la réalisation d'une expertise précédemment ordonnée, et retint que « *le know-how est constitué par un*

[311] Voir *Supra* n°49

[312] CA Douai 16 mars 1967, Dalloz 1967 p. 637, note R. Plaisant, cité in F. Magnin « Know-how et propriété industrielle », Ceipi, ed Litec 1974, p.29 n 35

« ensemble d'informations techniques secrètes » *concernant l'application d'un procédé et que ces informations ne doivent pas être tirées de la technique industrielle courante mais qu'elles comportent un «* certain caractère de nouveauté et d'originalité ». » [313] Dans ses premières analyses, la jurisprudence néophyte mêle références à l'originalité[314] et à la nouveauté[315] pour définir la notion nouvelle de savoir-faire ou know-how. Ces balbutiements passés, la jurisprudence se concentre sur le critère de la mise en œuvre de moyens de recherches conséquents[316], qu'il s'agisse de moyens financiers, temporels ou humains, pour caractériser l'existence d'un savoir-faire. En d'autres termes, la jurisprudence prend en considération l'investissement réalisé pour l'obtention des informations protégées.

Elle ne vise pas une définition unique du savoir-faire, mais fait preuve d'une acception large de la notion suivant les cas d'espèce et les multiples domaines dans lesquels un savoir-faire est susceptible d'être développé[317]. Elle a ainsi admis que, tant un procédé de fabrication du pain [318] que la fragrance d'un parfum[319], pouvaient être qualifiés de savoir-faire. La définition doctrinale et générique confrontée à la variété des espèces se renouvelle pour qualifier de savoir-faire des informations protégées diverses et parfois inattendues[320]. Se pose alors la question des conséquences d'une telle qualification et de la possibilité d'une appropriation du savoir-faire.

---

[313] F. Magnin, « Know-how et propriété industrielle », précité, p. 30, n°36

[314] Caractère requis en droit d'auteur

[315] Critère exigé pour l'obtention d'un brevet

[316] *Ibid.*. : « *des singularités d'application peuvent, dans un domaine technique connu, constituer des secrets de fabrique dès lors que leur découverte nécessite des recherches longues et coûteuses, les distinguant des règles de l'art que tout professionnel peut acquérir rapidement et qu'elles constituent alors un savoir-faire commercialisable* ». S'agissant d'un savoir-faire non technique, voir Cass Com 1er juillet 2003, n°01-12.699, Sté Contrôle technique Muretain (CTM) et a. c/ Sté européenne technique automobile (SECTA), jurisdata n°2003-019887, J. Schmidt-Szalewski, « Le secret du bon savoir-faire », Prop. Ind. mars 2004, n°3, Comm. n°27.

[317] CA Paris, Pôle 5 Chambre 11, 12 avril 2013, RG n°12/21643 Camille c/ THEC, Lamy droit de l'immatériel / RLDI décembre 2013 n°99, Actualités n°3285, p.31, par référence dans cet espèce à la lettre du contrat définissant le savoir-faire, au règlement n°772/2004 sur les transferts de technologie et à l'article 39 ADPIC

[318] Cass Com 20 Septembre 2011, n°10-19.296, Sté Marol c/ Sté Holding financière Seguy, Inédit

[319] Cass Civ 1ère, 13 juin 2006 n°02-44718, Bull Civ 1 n°307, D. 2006 p.2470, note B. Edelman, RTD com. 2006. 587, obs. F. Pollaud-Dulian, Propr. ind. n°10 octobre 2006, comm. 82, note J. Schmidt-Szalewski, « Il ne suffit pas d'avoir du nez (ou les limites du droit d'auteur) » ; Voir également Cass. com., 1er juill. 2008, n° 07-13.952, Sté Senteur Mazal c/ SA Beauté prestige international, jurisdata n° 2008-044659, C. Caron « Bis repetita : une fragrance n'est pas une œuvre, CCE septembre 2008, n° 9, Comm. 100 ; ainsi que Cass Civ 1ère 22 Janvier 2009, n°08-11.404, Sté Argeville c/ Sté Lancôme Parfums et beauté & Cie, jurisdata n°2009-046664

[320] Telles qu'un parfum

B/ L'appropriation du savoir-faire

59. Propriété et savoir-faire. Certains auteurs considèrent que le savoir-faire « *n'est pas un bien juridique, c'est-à-dire un élément susceptible d'appropriation* »[321]. A l'inverse, d'autres auteurs estiment que « *le seul constat de l'existence d'une nouvelle catégorie de chose incorporelle suffit à la reconnaissance de son appropriabilité chaque fois qu'elle est porteuse d'utilités et objet de convoitise* »[322]. L'article 2 de la résolution de l'AIPPI concernant le *know-how*[323] énonce quant à lui que « *le savoir-faire constitue une valeur économique qui* ***appartient***[324] *à celui qui l'a développé ou régulièrement acquis* ». La question de l'appropriabilité du *know-how* indépendamment de la propriété des supports[325] sur lesquels il est formalisé apparaît ainsi au cœur d'opinions divergentes.

Dans notre hypothèse, le savoir-faire est dépourvu des caractéristiques de nature à lui conférer une protection par un droit de propriété intellectuelle et il est considéré comme détaché de son support, en tant que « *corpus immatériel* »[326]. L'article 544 du code civil dispose que : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Le droit de propriété se caractérise par l'exclusivité[327] qu'il confère sur une valeur économique et son opposabilité absolue[328]. Il convient de s'interroger sur le point de savoir si de telles caractéristiques sont applicables au savoir-faire, constitué d'informations protégées.

---

[321] R. Fabre et L. Sersiron Jcl Brevets, Fasc. 4200 « Réservation du Savoir-Faire », 2 Mai 2013 mis à jour le 5 Juin 2014, n°1, également J. Passa, Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, édition LGDI 2013, n°902 p.988 : « *le fondement et la nature de cette protection, étrangers aux mécanismes de la propriété, excluent que l'on parle de « propriétaire » ou même de « titulaire » du savoir-faire, mais seulement de son détenteur* » », ainsi que J-M Mousseron, « Traité des brevets », précité, n°22 : « *Toute idée de propriété et, a fortiori, de copropriété du savoir-faire non breveté, doit être écarté* »

[322] F. Zénati-Castaing et T. Revet, Les biens, 3e éd., 2008, PUF, n°2, p. 20, voir également - P. Mathély, « Le nouveau droit français des brevets d'invention », éd. du JNA 1991, p.14/15 : « *Il faut soutenir que le savoir-faire appartient à celui qui l'a réalisé ou régulièrement acquis, et par conséquent le possède légitimement* », ainsi que Y. Dargier de Saint Vaulry, « Le régime des connaissances techniques non brevetées », thèse, Toulouse 1968, p.38 et suivantes : « *Le titulaire est propriétaire d'un Know-How secret* »

[323] AIPPI, Question 53A, 28ème Congrès de Mexico, 12-18 novembre 1972 et Comité exécutif et Conseil des Présidents de Melbourne, 24 février-2 mars 1974

[324] Nous surlignons

[325] Documents, prototypes, plans…

[326] Pour reprendre les termes du Professeur J. Raynard in « Retour sur le savoir-faire non breveté », Liber amicorum Georges Bonet, éd Lexis-Nexis, Coll IRPI n°36, 2010

[327] C. Atias, Droit civil, Les biens, 5e éd., 2014, éd. LexisNexis, nos 129 et s.

[328] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, février 2009, n°22

60. Savoir-faire et exclusivité. L'information est un bien non rival, qui peut être partagé par plusieurs personnes sans dépossession de son détenteur initial[329]. Le savoir-faire n'est pas constitué de « simples » données brutes ou d'idées, mais de connaissances spécifiques et secrètes. Or, le secret « *limite l'accès intellectuel à la connaissance et instaure également un rapport d'exclusivité entre le renseignement et son détenteur* »[330]. Nous pourrions alors considérer qu'il existe une exclusivité propre au savoir-faire. Cette exclusivité comporte néanmoins une importante limite : elle n'est pas liée à l'objet auquel elle s'applique – le contenu du savoir-faire – mais à l'une de ses caractéristiques – son caractère secret. En conséquence, l'exclusivité ne perdure que le temps de la préservation de la confidentialité. Elle est dépendante de la personne qui détient le savoir-faire et choisit de ne pas le divulguer mais ne procède pas du savoir-faire en tant que tel. Il est d'ailleurs parfaitement admis que plusieurs personnes puissent développer concomitamment des savoir-faire similaires, sans que l'une puisse se prévaloir d'une quelconque exclusivité sur ces connaissances[331]. Il en découle une exclusivité « conjoncturelle » sur le savoir-faire qui ne tient pas à l'information protégée mais aux conditions de sa possession.

61. Savoir-faire et opposabilité. Le caractère secret du savoir-faire impose une opposabilité restreinte, voire nulle. A l'inverse du droit de propriété, dont l'opposabilité est absolue, le savoir-faire ne subsiste que tant qu'il est secret et par voie de conséquence, inconnu des tiers. Il leur est donc inopposable en tant que tel. Il en résulte que le savoir-faire ne peut être approprié[332] et qu'il ne fait pas l'objet d'un droit[333]. Il peut en revanche être appréhendé à travers les agissements des personnes auxquelles il est communiqué[334]. Ces comportements ne concernent alors pas seulement le savoir-faire tel que précédemment défini mais visent également la notion plus large de secret d'affaires.

---

[329] J-M. Garinot, « Le secrets des affaires », éd. Lexis Nexis Litec – Université de Bourgogne CREDIMI-CNRS, Année 2013, Vol 41, p.70, n°82

[330] J-M. Garinot, « Le secrets des affaires », éd. Lexis Nexis Litec – Université de Bourgogne CREDIMI-CNRS, Année 2013, Vol 41, p.71, n°82

[331] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, février 2009, n°23

[332] Voir à ce titre CA Douai, 1ère ch., 2ème sect., 21 février 2007, PIBD 2007 858 III 527 : « *Le savoir-faire, pour l'exécution d'une invention, ne confère à celui qui le fournit aucun droit de propriété sur celle-ci, ce savoir-faire serait-il dispensé, durant le processus inventif, en permettant à l'inventeur de parfaire lui-même son invention* ».

[333] J. Passa, Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, édition LGDI 2013, n°902 p.988 : « *Il importe de souligner à cette place que ce ne sont pas les connaissances objet du secret elles-mêmes qui sont prises en compte par le droit, mais seulement certains moyens d'y accéder ou certaines formes d'exploitation, considérés comme déloyaux dans les relations de concurrence et sanctionnés sur le terrain de la responsabilité civile du fait personnel, voire du droit pénal* ».

[334] Voir *infra* n°124 et suivants

C/ Les relations entre savoir-faire et secrets d'affaires

62. Savoir-faire et renseignements non divulgués. Les professeurs Schmidt-Szalewski et Binctin assimilent savoir-faire et renseignements non divulgués au sens des accords sur les Aspects des Droits de propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC)[335] conclus dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Cette démarche interroge sur le caractère imbriqué des différents secrets et notamment sur les relations qu'entretiennent savoir-faire et « renseignements non divulgués ». Il nous semble que l'assimilation « savoir-faire – renseignements non divulgués » n'est pas parfaite, les deux notions couvrant un champ d'application distinct. Plus précisément, la catégorie des renseignements non divulgués est à notre sens plus large. Au sens de l'article 39 des accords ADPIC[336], les renseignements non divulgués se caractérisent par trois éléments : ils sont secrets, ont une valeur commerciale du fait de leur caractère confidentiel et font l'objet de mesures de nature à préserver ce caractère secret. La nature secrète des informations, sa préservation ainsi que la valeur qui en découle constituent les trois critères de qualification[337]. Or, pour être qualifiées de savoir-faire, les connaissances en cause doivent réunir des caractéristiques supplémentaires, telles que l'applicabilité pratique des informations[338] et leur transmissibilité [339]. La qualification de savoir-faire étant plus exigeante, son domaine d'application est plus restreint que celui des renseignements non divulgués. Ceux-ci représentent la catégorie la plus large de secret et peuvent s'assimiler aux secrets d'affaires[340]. Les différents secrets sont alors semblables à des poupées russes : le secret de fabrique étant compris dans le savoir-faire qui lui-même est englobé dans les secrets d'affaires.

---

[335] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, février 2009, et N. Binctin, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, février 2009, janvier 2018, n°3

[336] Art. 39 ADPIC : « *1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes (10), sous réserve que ces renseignements:*

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. »

[337] Pour une étude détaillée, voir infra

[338] Caractère substantiel au sens des règlements d'exemption 316/2014, 330/2010 et 1217/2010

[339] Caractère identifié au sens des règlements d'exemption 316/2014, 330/2010 et 1217/2010

[340] Voir *infra* n°65

63. Portée de la distinction. L'intérêt pratique de cette distinction prend tout son sens selon le contexte dans lequel le savoir-faire est invoqué. Dans le cadre d'une procédure civile[341], la protection du secret intervient par la sanction des comportements nuisant audit secret par le biais de la responsabilité civile[342]. Pour cela, la preuve du caractère confidentiel des informations divulguées au préjudice de son détenteur doit être rapportée. Dans ce cas, il peut être intéressant de se référer à la notion de renseignements non divulgués et à ses trois critères de qualification qui évitent d'avoir à rapporter la preuve des conditions supplémentaires du savoir-faire. Le secret est ainsi démontré *a minima*. En revanche, si le savoir-faire est invoqué dans une procédure de concurrence, notamment une entente, il sera nécessaire de démontrer la réunion de tous ses attributs, selon leurs définitions détaillées par les règlements d'exemption, pour attester de son existence.

Le secret de fabrique et le savoir-faire examinés, il convient désormais d'envisager le secret d'affaire qui les englobe.

§3. Les secrets d'affaires

64. Les secrets d'affaires font l'objet de dénominations diverses selon les textes qui se sont efforcés d'en traiter. A titre liminaire, il est intéressant de noter que, tandis que savoir-faire et secret de fabrique sont chacun appréhendés de manière individuelle, les secrets d'affaires se conjuguent au pluriel. Il n'existe pas un unique secret d'affaires, mais de multiples secrets d'affaires dont la variété n'est qu'une des particularités.
La notion de secret d'affaires résulte de deux corpus de texte. D'une part, les accords ADPIC conclus dans le cadre de l'OMC et entrés en vigueur le 1er janvier 1995, définissent la notion de « renseignements non divulgués » (**A**). D'autre part, après plusieurs tentatives, un droit européen des secrets d'affaires a désormais été consacré par l'adoption d'une directive qui a été transposée en droit interne (**B**).

[341] Par exemple à l'occasion de la divulgation non autorisée de savoir-faire
[342] Voir *infra* n°124 et suivants

A/ Le rattachement des secrets d'affaires aux renseignements non divulgués

65. ADPIC. La référence invoquée en ce domaine est constituée par les dispositions de l'Accord ADPIC[343] adopté dans le cadre de l'OMC qui évoque les secrets d'affaires dans la section 7 intitulée « Protection Des Renseignements Non Divulgués » comportant un unique article 39, inspiré de la législation américaine[344]. Cet article se divise en trois paragraphes : le premier précise la nature de la protection[345] dont sont susceptibles de bénéficier les renseignements non divulgués, le deuxième définit les qualités que les informations en causes doivent posséder pour être qualifiées de renseignements non divulgués au sens des accords ADPIC, et le dernier concerne l'hypothèse spécifique des données communiquées afin d'obtenir une autorisation de mise sur le marché[346]. Ces éléments de qualification concernent trois aspects distincts, mais intrinsèquement liés, des « renseignements non divulgués ».

66. Secret. Les renseignements doivent être secrets. Cela signifie selon les termes de l'article 39 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* ». Cette définition consacre un secret relatif tant dans son contenu et son accès, que s'agissant des personnes qui en ont connaissance. Les informations sont comprises, soit dans leur globalité, soit dans leur configuration particulière : les renseignements non divulgués peuvent être constitués de données appréhendées individuellement ou en tant qu'ensemble agrégé de données, éventuellement déjà connues, dont la configuration unique constitue la substance du renseignement non divulgué.

Toutefois, il ne doit pas s'agir d'informations « généralement » connues ou « aisément accessibles ». Deux aspects de l'accès au renseignement non divulgué sont ici présentés. La connaissance de l'information peut être immédiate – le renseignement est « connu » – ou

[343] TRIPS selon l'acronyme anglais : Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
[344] F.Hagel, « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2012, dossier 3 : « *aux États-Unis, la compétence en matière de secret étant du ressort des États, les efforts d'harmonisation entre les droits des États ont conduit à l'élaboration de versions successives du Restatement of Torts codifiant les décisions de jurisprudence (common law) et de l'Uniform Trade Secret Act (UTSA) destiné à harmoniser les lois des États, aujourd'hui adopté par la quasi-totalité d'entre eux, et que la loi pénale promulguée en 1996, le Economic Espionage Act ou Cohen Act, contient une définition du secret qui est très proche de celle de l'UTSA* »
[345] Voir *infra* n°124 et suivants
[346] Il s'agit ici de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture

médiate – le renseignement est « accessible ». Dans les deux cas, le renseignement n'est pas considéré comme secret. Pour qu'il acquiert ce caractère, l'article 39 ADPIC précise la qualité de l'accès à l'information : il ne doit être ni simple ni commun. En d'autres termes, l'accès au renseignement doit nécessiter un effort, une recherche. Cette interprétation est corroborée par l'emploi dans une formule négative des adverbes « généralement » et « aisément »[347].

67. Public. L'article 39 évoque des individus appartenant « aux milieux » concernés par les renseignements en cause. Il ne s'agit donc ni du grand public[348] ni de personnes spécialisées dans un domaine spécifique, mais de personnes qui, de par leur seule appartenance au secteur concerné par les renseignements en cause, seraient en mesure de les connaître. L'utilisation de l'adverbe « normalement » renforce le caractère commun des données répandues dans un secteur d'activité et accentue *a contrario* l'exigence d'un effort particulier pour accéder aux renseignements non divulgués au sens des accords ADPIC.

68. Valeur commerciale. Les renseignements visés doivent avoir « *une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets* ». Cette condition implique que le renseignement tire sa valeur et son intérêt de sa connaissance par un nombre limité de détenteurs et de son ignorance de la majorité des opérateurs du secteur économique considéré. Le secret confère ainsi un avantage concurrentiel à celui qui détient l'information[349]. Une difficulté certaine réside dans l'évaluation de cette valeur commerciale. Les accords ADPIC n'ajoutent aucune précision à ce sujet, se limitant à l'exigence de secret. Autrement dit, le renseignement a une valeur parce qu'il n'est pas divulgué. En serait-il autrement, l'information en deviendrait dénuée. Pour autant, le texte ne détaille pas la nature du renseignement qui ne doit pas être divulgué.
Monsieur Garinot distingue d'une part les informations d'ordre strictement descriptives telles qu'une stratégie commerciale, qui ne seraient pas source d'enrichissement et ne présenteraient en elles-mêmes aucune valeur commerciale pour l'entreprise[350], et d'autres part les informations dont la valeur ne serait pas douteuse, à l'instar d'un procédé technique. Si l'appréhension de la valeur commerciale est délicate et source de discussions, nous sommes réservés sur cette interprétation qui conduit à dénier une valeur commerciale aux données

[347] « 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 » (nous soulignons)
[348] J-M Garinot, « Le secret d'affaires », n°55 p.51, éd. LexisNexis, Université de Bourgogne – CNRS – CREDIMI, Année 2013, Vol. 41
[349] J-M Garinot, « Le secret d'affaires, n°55 p.52, précité
[350] J-M Garinot, « Secret d'affaires : Le législateur devance l'Union Européenne », Droit et Patrimoine octobre 2014, n°240, Analyse p.22 ; J-M Garinot, « Le secret des affaires, des limbes juridiques au droit positif », Droit & Patrimoine Septembre 2016, n°261, Analyse – Secret des affaires p.32

stratégiques de l'entreprise. Selon le texte des accords ADPIC, le secret est présenté comme l'origine de cette valeur. Pratiquement, il semble plutôt que le raisonnement des opérateurs soit inverse et qu'ils choisissent de garder secrètes des informations dont ils estiment qu'elles ont une valeur commerciale[351]. Il faudrait alors considérer la valeur commerciale indépendamment du caractère confidentiel. Une telle option ne nous paraît pas souhaitable en ce qu'elle ignore la lettre du texte. Considérer qu'une information a une valeur commerciale du seul fait de sa confidentialité n'est toutefois pas davantage satisfaisant. En l'absence de précision, il appartient aux législations internes de clarifier cette notion, à l'instar de ce que la directive sur les secrets d'affaires propose[352].

69. Contrôle de l'information. Les données visées doivent enfin selon l'article 39 ADPIC avoir « *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* ». Les dispositions de nature à préserver le secret doivent être prises par « *la personne qui en a licitement le contrôle* ». Il est possible de s'interroger sur la nature de cette personne et sur le contrôle dont il est question : s'agit-il d'un contrôle juridique ou pratique ? Cette « *personne* » est-elle le dirigeant de l'entreprise, tout salarié ayant connaissance d'un renseignement non divulgué ou l'individu assurant la sécurité technique des informations utilisées au sein d'une entreprise[353] ? L'emploi de l'adverbe « *licitement* » induit l'hypothèse d'un contrôle juridique. Il ressort alors de la responsabilité du dirigeant de l'entreprise d'assurer la préservation du secret de ces renseignements, en faisant peser sur les personnes qui en ont effectivement connaissance un certain nombre d'obligations. Le principe du contrôle doit donc être édicté par le dirigeant de la personne morale[354] et ses applications pratiques doivent être mentionnées à tous ceux à qui les renseignements sont communiqués.

---

[351] N. Binctin, « Les secrets protégés », in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de Jean Lapousterle et Bertrand Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

[352] Voir *infra* n°73

[353] J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », Dalloz IP/IT 2016 p.493 : « *qui de l'employeur ou de son salarié sera considéré comme le détenteur d'un secret d'affaires conçu par le salarié dans le cadre de ses fonctions ? La difficulté, s'agissant notamment des informations confidentielles non techniques, avait été pointée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui militait, sans surprise, pour que la qualité de détenteur revienne à l'employeur (J. Frantz, La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, observations de la CCI Paris Île-de-France, sept. 2014, p. 21). Laissée sans réponse, la question ne tardera vraisemblablement pas à soulever des difficultés d'interprétation.* »

[354] Dans le cas d'une personne physique exploitant individuel, il est bien entendu seul responsable des mesures de préservation du secret dont il est l'unique détenteur

70. Mesures de prévention. Les applications nécessaires pour sauvegarder le caractère secret des renseignements ne sont pas précisées. Il doit s'agir de « *dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances* ». Selon la taille de l'entreprise, ses ressources notamment informatiques, son secteur d'activité… les procédures internes pour assurer la pérennité de la confidentialité des informations en cause pourront différer[355]. Reste que l'appréhension du caractère « raisonnable » paraît délicate et infiniment subjective, d'autant qu'aucun exemple pratique n'est mentionné par les accords ADPIC. Cette appréciation sera donc une question d'espèce, variable selon les « *circonstances* ». En tout état de cause, elle n'est pas de nature à restreindre la liberté d'entreprendre des parties qui peuvent adapter les mesures de protection à leurs moyens[356].

Les éléments de définition des accords ADPIC s'imposent comme les prémisses obligatoires de toute définition postérieure proposée par la législation d'un pays membre de l'OMC, ayant ratifié lesdits accords. Il n'est donc pas étonnant que les trois aspects caractéristiques des renseignements non divulgués soient transcrits de façon plus ou moins littérale dans la directive européenne et sa loi de transposition.

B/ L'introduction d'un droit spécifique des secrets d'affaires

71. Propositions de loi françaises. Depuis une dizaine d'année, les propositions de loi se succèdent pour consacrer une protection *ad hoc* du secret d'affaires au sein de l'arsenal juridique français. Après les propositions Carayon de 2004, 2009 et 2012[357], deux textes récents ont tenté d'intégrer une protection spécifique du secret d'affaires dans le code de commerce. La proposition de loi n°2139 relative à la protection du secret d'affaires, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014, a ainsi vu ses dispositions reprises par amendement à l'article 64 ter du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron. Le projet de loi prévoyait l'insertion dans le livre premier du code de commerce d'un Titre V intitulé « Du Secret

[355] On imagine volontiers que le cryptage des informations peut être considéré comme une disposition raisonnable dans le cas de multinationales ou de sociétés spécialisées dans l'informatique, mais que dans d'autres cas, la simple exigence d'un login et d'un mot de passe pour accéder à certaines informations sera suffisante

[356] Voir sur cette question, Cons const 26 juillet 2018, décision n° 2018-768 DC, Loi relative à la protection du secret des affaires, pt 15

[357] Proposition de loi n° 1611 du 13 mai 2004 relative à la protection des informations économiques, Proposition de loi n° 1754 du 17 juin 2009 relative à la protection des informations économiques, Proposition n° 826 adoptée par l'Assemblée Nationale le 23 janvier 2012

d'affaires » au sein duquel le chapitre premier précisait la définition et les mesures civiles de protection du secret d'affaires, tandis que le chapitre second énumérait les mesures pénales de protection du secret d'affaires. Le projet d'article L151-1 du Code de commerce prévoyait ainsi : « *Est protégée au titre du secret d'affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information :*

1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;

2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ;

3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public ».

72. Nuances sémantiques. Le projet de loi français introduisait quelques nuances au regard de la définition proposée par les accords ADPIC qui pouvaient tour à tour être considérées comme non significatives ou au contraire comme induisant un risque pour la sécurité juridique. A titre d'exemple, le projet de loi français introduisait la notion de caractère public[358], signifiant en creux l'existence d'un caractère privé de l'information, sans pour autant préciser les éventuelles caractéristiques propres à distinguer une information privée d'une information secrète. Par ailleurs, la définition française évoquait les personnes agissant dans un domaine d'activité traitant « ***habituellement*** » du type d'information en cause, tandis que les accords ADPIC visent les « *personnes appartenant aux milieux qui s'occupent* ***normalement***[359] *du genre d'informations en question* ». Cette modification sémantique pourrait paraître anodine mais elle pose en réalité la question d'un standard minimum[360] dans l'appréciation des récipiendaires de l'information. Dans un cas, il semble que les personnes évoquées sont amenés régulièrement à traiter le domaine de l'information, la référence est

[358] Dont le secret d'affaire serait dénué

[359] Nous surlignons

[360] Pour que le traitement des informations soit habituel dans un domaine d'activité donné, faut-il qu'il s'agisse de questions récurrentes ou inhérentes au type d'activité ? Autrement dit, s'agit-il d'un caractère habituel à titre temporel ou de contenu ? Par ailleurs, quelle fréquence doit être considérée comme minimale ? Qui décide de ce standard ? Ce standard minimum est-il variable selon les domaines ?

alors temporelle[361], sans que la fréquence soit précisée, tandis que la seconde formulation évoque davantage la qualification des personnes visées[362]. Dans la mesure où dans les faits, les personnes compétentes sont amenées à traiter régulièrement de ces informations, la distinction pourrait paraître superflue. Il nous semble à l'inverse qu'elle est nécessaire pour déterminer les critères d'appréciation du secret afin de pouvoir en saisir la juste portée.

Cette question se fait plus prégnante encore concernant la « *valeur économique* » du secret d'affaires évoqué dans les propositions de loi françaises, qui se distingue de la « *valeur commerciale* » du renseignement requise par les accords ADPIC. Ce choix sémantique ne saurait en effet être considéré comme indifférent. On peut en effet en déduire la volonté française de conférer une portée large à la notion de secret d'affaires, dont la valeur doit être comprise comme présentant un intérêt dépassant la simple opération commerciale. Afin de préciser la notion de « valeur économique », le projet de loi français énumérait au sein de l'alinéa 2 du projet d'article L151-1 du code de commerce, un certain nombre de cas où l'information était réputée posséder une valeur économique : lorsqu'il s'agit d'un « *élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur* ». Mais cette liste, dont il n'était pas explicité si elle était indicative ou limitative, apportait autant de précisions que de questions, aucun de ses éléments n'étant défini[363]. Les interrogations posées par ces choix sémantiques étaient ainsi de nature à provoquer une incertitude dommageable aux opérateurs économiques, et à limiter la protection effective dont pourrait bénéficier le secret.

L'amendement portant l'introduction de ces dispositions dans le code de commerce a par la suite été retiré devant les contestations portées par les journalistes et association de lanceurs d'alerte qui y voyaient la fin de toute dénonciation possible de malversations commises par des entreprises françaises. Ils invoquaient le fait que par la consécration d'un droit des secrets d'affaires, les entreprises auraient pu s'opposer aux révélations de journalistes ou de lanceurs d'alerte au motif qu'elles portaient atteinte à leurs secrets[364]. La seconde raison de l'échec de

[361] Cf « *habituellement* »
[362] Cf « *qui s'occupent normalement du genre d'information en question* »
[363] Qu'est-ce que le potentiel scientifique ou technique ? Comment définit-on la capacité concurrentielle ?...
[364] Bien que cette position soit expressément contredite dans la proposition de loi du 16 juillet 2014 contenant un projet d'article L 151-9 du code de commerce disposant : « *L'article L. 151-8 [sanction pénale] n'est pas applicable : 2° **À celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des*** **infra*ctions aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance*** » – une telle exception n'étant il est

cet amendement réside dans la discussion concomitante d'un projet de directive portant protection du secret d'affaires, qui a, quant à lui, aboutit à l'adoption d'une directive le 8 juin 2016.

73. Directive n°2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites[365]. L'adoption de la directive portant sur la protection des secrets d'affaires s'inscrit dans un courant jurisprudentiel de reconnaissance dedits secrets avec des définitions variables[366]. La consécration de la notion vient avec la directive qui caractérise en son article 2. 1) ce qui est entendu sous le vocable « secret d'affaires ». Il s'agit « *des informations qui répondent à toutes les 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 des 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 le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes.

La définition du secret d'affaires de la directive est la reprise exacte de celle des « renseignements non divulgués » prévue par les accords ADPIC. Elle reprend ainsi ses critères objectifs[367] de secret et de valeur commerciale et le critère subjectif des dispositions à mettre en œuvre[368], permettant ainsi un champ d'application large[369]. Les secrets d'affaires

---

vrai pas reprise dans le volet civil – mais le projet de loi Macron prévoyant en son projet d'article L 151-2 du code de commerce que : « *Toute atteinte, délibérée ou par imprudence, au secret d'affaires prévue aux deux premiers alinéas du présent article engage la responsabilité civile de son auteur**, à moins qu'elle n'ait été strictement nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt supérieur, tel que l'exercice légitime de la liberté d'expression ou d'information ou la révélation d'un acte illégal*** ».

[365] JOUE 15 juin 2016 L 157/1

[366] TPICE 18 septembre 1996, aff T-353/94, Postbank Rec. 1996, II - 921. : « *les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public, mais également la transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci* » ; et TPICE 22 février 2005, aff. T-383/03 Hynix Semiconductor, Rec. 2005 II-00621 : « *sont secrètes les informations « chiffrées ou techniques » relatives notamment à « la position commerciale et à la position concurrentielle de la partie demanderesse ou du tiers qu'elles concernent » et que « dans la mesure où de telles informations sont spécifiques, précises et récentes, elles sont par nature des secrets d'affaires* »

[367] J-M Garinot, « L'Union européenne au secours du secret d'affaires », Droit et patrimoine, n°232 janvier 2014, Analyses-Droit des affaires p.20 : « *L'article 2 du texte de la Commission propose une définition objective des secrets d'affaires. Cette approche est justifiée dans la mesure où l'appréciation du caractère confidentiel d'une information ne doit pas être laissée au bon vouloir de l'entreprise, ce qui donnerait lieu à des abus* »

[368] J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », Dalloz, 2014 p.682

sont relatifs en ce sens qu'ils peuvent être partagés par plusieurs opérateurs à condition qu'il ne s'agisse pas d'informations connues de tous les acteurs d'un secteur d'activité. Le référentiel d'appréciation pour la connaissance de ces informations, celui qui s'en occupe « normalement », n'est pas sans rappeler[370] l'homme du métier du droit des brevets[371] ou rencontré en droit des brevets ou encore l'utilisateur averti pris en compte par le droit des dessins et modèles[372].

74. Les informations constitutives de secret d'affaires ont ensuite une valeur commerciale. Allant au-delà de la simple reprise de l'expression choisie dans les accords ADPIC, la directive apporte quelques précisions sur le contenu de cette valeur. Le Considérant 14 de la directive expose[373] ainsi qu'il est possible d'apprécier la valeur commerciale des informations protégées au regard du préjudice subi du fait de leur divulgation non autorisée[374]. Cette méthode, évoquée par M. Garinot, consiste à envisager la valeur commerciale en « *négatif*»[375]. M. Garinot en tire la conséquence que certaines informations, telles que la stratégie commerciale d'une entreprise, sa situation financière ou encore l'existence d'une procédure de mandat *ad hoc*, sont dépourvues de valeur commerciale[376]. S'il résulte de l'existence du critère, l'exigence que les secrets d'affaires portent sur des informations qui sont effectivement dotés d'une valeur particulière, nous ne pouvons souscrire à l'interprétation qui conduirait à écarter de la définition des secrets d'affaires les données stratégiques ou financières de l'entreprise[377]. Il nous semble à l'inverse que la notion de vlaeur commerciale doit être largement entendue, ainsi que le sous-tend le Considérant 14 de

---

[369] La nature elle-même de l'information important peu cf F.-L. Simon, « Secret des affaires : adoption de la directive par le Parlement européen », JcpE n° 19, 12 Mai 2016, act. 399

[370] Jean Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », Dalloz IP/IT 2016 p.493

[371] Article L612-5 CPI

[372] Article L511-4 CPI

[373] « *Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle*. »

[374] N. Lenoir, « La protection des secrets d'affaires, un droit fondamental du marché intérieur consacré par la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 », RLDA n°120 Novembre 2016, Éclairage n°6050, p.16 : « *il ne s'agit pas d'exiger de chiffrer systématiquement les pertes engendrées par la violation d'un secret d'affaires, mais d'identifier l'existence d'un dommage actuel ou potentiel tel que la suppression d'un avantage compétitif relatif à un savoir-faire, la renonciation à un achat ou une vente dont les pourparlers ont été divulgués, l'appropriation par un concurrent d'un fichier client rentrant directement dans le champ de la concurrence déloyale, etc.* »

[375] J-M Garinot, « Secret d'affaires : Le législateur devance l'Union Européenne », précité

[376] J-M Garinot, « Le secret des affaires, des limbes juridiques au droit positif », précité

[377] Même si elles sont descriptives cf J-M Garinot, « Le secret des affaires, des limbes juridiques au droit positif », précité

la directive qui aborde les préjudices les plus variés susceptibles d'être causés par la divulgation du secret d'affaires. La directive évoque ainsi l' « *atteinte au potentiel scientifique ou technique de l'opérateur, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou capacité concurrentielle* ».

En tout état de cause, si le renseignement tire pour partie sa valeur de son caractère secret, son dévoilement ne peut que porter préjudice à son détenteur, qui ne peut plus bénéficier de l'avantage concurrentiel offert par la connaissance d'une information divulguées à tous ses concurrents. Cette conséquence est la même quelle que soit la nature de l'information en cause, et il paraîtrait artificiel[378] de vouloir moduler la valeur commerciale de l'information protégée selon le quantum du préjudice subi. A notre sens, toute information de l'entreprise est susceptible de caractériser un renseignement non divulgué. Nous sommes en revanche plus réservés sur une interprétation trop extensive de la notion qui permettrait d'y inclure des informations à caractère personnel concernant des célébrités[379]. S'il n'existe dans le corps de la définition aucune restriction limitant expressément les informations constitutives de secret à « la vie des affaires »[380], il nous semble que tant la dénomination de « secret d'affaires » que les considérants de la directive manifestent nettement que la protection de ces secrets est envisagée dans une optique économique au bénéfice des entreprises[381].

La reprise des conditions de qualification des « renseignements non divulgués » des accords dans la définition des secrets d'affaires proposée par la directive n°2016/943 s'explique par des contraintes juridiques et une volonté politique. L'accord sur les ADPIC lie tous les Etats membres ainsi que l'Union européenne[382]. L'article 39 des accords ADPIC et ses développements concernant les « renseignements non divulgués » constituent alors des « *normes internationales communes* »[383]. Il importe en conséquence que les dispositions de la directive soient en conformité avec lesdites normes. Outre cette obligation juridique, le choix

[378] Et pratiquement impossible

[379] Hypothèse évoquée par le professeur T. Aplin in « A Critical Évaluation of the EU Trade Secrets Directive », Intellectual Property Quarterly, issue 4, 2014, p. 262 cité par J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition »,

[380] J.-Ch. Galloux, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaire », RTD Com. 2017 p.59

[381] J.-P. Mignard et A. Basdevant, « La directive sur les secrets d'affaires est-elle un texte liberticide ? in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de Jean Lapousterle et Bertrand Warusfel, précité : « *le secret des « affaires » ne devrait s'appliquer qu'aux « affaires », c'est-à-dire que dans les relations d'affaires* »

[382] L'accord ayant été approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336 du 23.12.1994, p. 1)

[383] Directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, précitée, Considérant 5

de calquer la définition du secret d'affaires sur les renseignements non divulgués s'explique également par la volonté politique de s'inscrire dans la filiation des accords ADPIC et de bénéficier de leur légitimé pour proposer une définition large de nature à couvrir tous les types de secrets. De telles motivations auraient pu dicter une proposition de loi de transposition analogue. Pourtant, le législateur français fait le choix d'introduire des nuances sémantiques pour des raisons parfois obscures.

75. Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires[384]. La loi de transposition de la directive 2016/943 sur les secrets d'affaires a fait l'objet de trois versions : la première adoptée par l'Assemblée nationale le 28 mars 2018, la seconde par le Sénat le 18 avril 2018 et la dernière, texte de compromis, par la Commission mixte paritaire le 24 mai 2018, examinée en séance public par l'Assemblée nationale le 14 juin 2018 et par le Sénat le 21 juin 2018, qui est, à quelques très légères différences près[385], celle retenue par la loi promulguée le 30 juillet 2018. Ces trois textes diffèrent notamment sur la définition des secrets d'affaires. Plutôt que de choisir de suivre la lettre de la directive et des accords ADPIC, les deux chambres du Parlement ont chacune réécrit le champ d'application de la notion de secret d'affaires.

Pour l'Assemblée nationale, « *est protégée au titre du secret des affaires toute information présentant l'ensemble des caractéristiques suivantes :*

« 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de cette catégorie d'information ;

« 2° Elle revêt une valeur commerciale parce qu'elle est secrète ;

« 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en conserver le secret ».

Pour le Sénat, « *est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux trois critères suivants :*

[384] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, NOR: JUSX1805103L. Proposition enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 février 2018 et adoptée le 28 mars 2018, puis modifiée par le Sénat le 18 avril 2018. Les conclusions de la Commission mixte paritaire du 24 mai 2018 ont été examinées et adoptées par l'Assemblée nationale le 14 juin 2018 et par le Sénat en audience publique le 21 juin 2018. Le conseil constitutionnel a été saisi le 26 juin 2018 et a déclaré la loi conforme à la Constitution par la décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018. La loi a été promulguée le 30 juillet 2018

[385] Différence de numérotation et ajout d'un alinéa à l'article L.153-1 du code de commerce

1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
2° Elle revêt une valeur économique, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

La Commission mixte paritaire a, quant à elle, retenu une définition mêlant les propositions de l'Assemblée nationale et du Sénat. L'article 151-1 du code de commerce, sous l'entête de la Section 1 « *De l'information protégée* » dispose désormais qu' « *est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :*
1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »

Les trois textes se distinguent les uns des autres, chacun mettant en avant une vision propre du secret d'affaires au risque de s'éloigner de la définition retenue par la directive et des accords ADPIC, alors même que l'exposé des motifs de la proposition de loi devant l'Assemblée nationale cite expressément les accords ADPIC comme source d'inspiration de la directive[386]. Ce parti-pris interroge dans la mesure où la première raison d'être de la directive est « *d'établir une définition homogène du secret d'affaires* »[387]. Cette homogénéité est susceptible d'être remise en cause dès lors que la définition du secret d'affaires en droit interne fait appel à des notions distinctes de celles retenues par la directive.

76. Certaines nuances paraissent anodines. C'est le cas du remplacement par les chambres françaises de la notion de « *personne qui a le contrôle de l'information de façon licite* », par

[386] Proposition de loi n°675 portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Exposé des motifs : « *Cette définition reprend les trois critères prévus par l'article 2 de la directive, directement inspirés de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)* »
[387] Directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, précitée, Considérant 14

celle de « *détenteur légitime* » de l'information. Cette seconde appellation est en effet mentionnée à plusieurs reprises par la directive[388] et l'article L.151-2 du code de commerce[389] définissant la personne du « *détenteur légitime* » reprend des termes identiques à ceux de l'article 2. 2) de la directive caractérisant le « *détenteur de secrets d'affaires* » *comme toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite* ». La seule différence porte sur la précision du texte européen visant expressément les personnes physiques ou morales tandis que la proposition française évoque une personne (« celui ») sans plus de détails. En revanche, aucun des textes, européen et français, ne donne de précision sur la personne du détenteur d'un secret d'affaires lorsqu'un salarié en est à l'origine dans le cadre de ses fonctions[390]. S'agit-il du salarié, susceptible d'exercer une forme de « contrôle » sur le secret qu'il aurait développé, ou le détenteur légitime est-il son employeur ? Cette lacune devra être comblée par la voie contractuelle[391].

77. D'autres différences sémantiques posent davantage de questions. Il en va ainsi de la « valeur économique » proposée par le Sénat[392] dont on ne sait pas si elle doit être entendue comme synonyme de la « valeur commerciale » citée par la directive ou si elle doit être plus largement entendue. Cette question ne devrait finalement pas faire l'objet de discussions, dans la mesure où le texte retient l'exigence de « valeur commerciale », et non « économique », suivant en cela la définition de la directive. La proposition française s'efforce néanmoins de préciser la notion de « valeur commerciale », en indiquant qu'elle peut être « *effective ou potentielle* ». Cet apport issu du Considérant 14 de la directive a vocation à conférer le champ d'application le plus étendu possible à la définition des secrets d'affaires dans une perspective économique et concurrentielle[393]. Leur valeur doit ainsi être entendue, non seulement comme celle résultant d'un usage immédiat[394], mais comprenant également les informations d'intérêt médiat, par la prise en compte de données stratégiques de nature à guider l'action du détenteur de l'information protégée sur le marché. Suivant l'analyse en creux des effets de la divulgation de l'information protégée, la directive précise qu'elle est « *susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au*

[388] Directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, précitée, Considérants 6, 7, 23, 24 et 26
[389] Article L.151-2 du code de commerce : « *Est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite* »
[390] T. Bouvet, « Détermination du détenteur légitime des droits sur un secret d'affaires », Prop. Ind. n°9, septembre 2018, Dossier n°9
[391] *Ibid.*.
[392] Le caractère effectif ou potentiel est en revanche issu du Considérant 14 de la directive
[393] J.-Ch. Galloux, « L'identification des secrets d'affaires », Prop. Ind. n°9, septembre 2018, Dossier n°8
[394] Ainsi qu'il résulte de l'usage d'un savoir-faire

potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle »[395]. En d'autres termes, la valeur commerciale du secret d'affaires ne doit pas être comprise de manière restrictive[396], mais concerne, non seulement la potentialité technique de l'entreprise, mais également ses intérêts financiers, stratégiques et concurrentiels.

78. Enfin, la question de l'environnement dans lequel est appréciée l'information reste entière dans la mesure où la directive mentionne les « *personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations* » en cause, l'Assemblée nationale cite « *la personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de cette catégorie d'information* » tandis que le Sénat évoque « *les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* », cette dernière proposition étant celle choisie dans le texte final. Le concept de « familiarité » est totalement étranger à la directive, et plus largement au droit. Il laisse planer un doute certain sur la portée de cette expression. En tout état de cause, la loi française devra être appliquée à la lumière de la directive, en application du principe d'interprétation conforme[397]. Il faut donc en déduire que les personnes familières d'un type d'information sont celles appartenant aux milieux amenés à en connaître normalement. A défaut de précision, les deux locutions, européenne et française, drainent une part importante d'incertitude qui devra être éclaircie par la jurisprudence. Il en résulte un risque d'interprétations divergentes entre les juridictions des différents Etats-membres, en particulier si les définitions transposées du secret d'affaires sont trop différentes les unes des autres. L'introduction d'une protection légale du secret d'affaires apparaît alors comme un processus engagé dont le résultat demeure encore indécis.

79. Conclusion du Chapitre. L'absence de divulgation de l'information protégée se présente comme une recherche récurrente des opérateurs économiques. Elle est fondée sur la liberté d'entreprendre, traduite comme la liberté pour l'entrepreneur de décider des modalités d'exercice de son activité économique. Elle constitue la justification de la liberté pour un agent de choisir de ne pas divulguer une information protégée. Par ailleurs, la préservation du

[395] Directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, précitée, Considérant 14
[396] E. Treppoz, « Secret d'affaires - De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ? », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2018, dossier 7
[397] CJCE 10 avril 1984 C-14/83. Selon le principe d'interprétation conforme, lorsqu'une juridiction nationale est appelée à interpréter le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive concernée, elle est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci

secret permet à son détenteur de bénéficier du privilège du premier entrant, de nature à stimuler la concurrence par l'ouverture de nouveaux marchés. Les libertés économiques apparaissent ainsi les garantes du secret.

En réalité, il n'existe pas un, mais des secrets qui s'imbriquent les uns dans les autres. Le secret de fabrique, circonscrit et d'une conception quelque peu datée, est compris dans le savoir-faire. Lui-même, technique ou non technique, concerne des connaissances empiriques, susceptibles d'être transmissibles et appliquées industriellement. Il est régulièrement visé dans les accords mettant en jeu des partenariats de recherche ou commerciaux. Il appartient à la catégorie plus large des secrets d'affaires, qui outre les données expérimentées et testées, comprend les données stratégiques de l'opérateur.

Le souhait des entreprises de préserver ces trois types de secrets s'accompagne aujourd'hui d'une volonté politique. Une telle démarche peut surprendre dans la mesure où les gains d'efficacité du secret sont discutés. C'est pourtant l'option retenue par l'Union européenne qui a récemment adopté une directive *ad hoc*. En France, cette législation s'inscrit à la suite de tentatives récurrentes pour tenter de consacrer une protection légale du secret d'affaires. Il reste désormais à apprécier la portée de cette nouvelle législation afin de saisir la manière dont les libertés économiques assurent en pratique la préservation du secret.

CHAPITRE 2
LA PRESERVATION DU SECRET ASSUREE EN PRATIQUE PAR LES LIBERTES ECONOMIQUES

80. Pour assurer leur pérennité, il est indispensable que les opérateurs économiques protègent efficacement leur patrimoine immatériel, tant vis-à-vis de leur personnel que vis-à-vis des tiers. La qualification des informations protégées en secret de fabrique, savoir-faire ou secret d'affaires constitue la première étape de cette démarche. Elle permet d'affiner les modes de protection envisageables pour ces informations protégées, variables selon la politique de l'entreprise, la personnalité des salariés et les risques encourus, avec des conséquences différentes selon le moyen choisi.

Une distinction fondamentale tenant au cadre dans lequel il est fait usage de l'information protégée détenue secrète permet d'évaluer la protection conférée au secret. Si la préservation du secret est recherchée entre son détenteur et une personne qui lui est liée par contrat, salarié ou partenaire *lato sensu*[398], la convention constitue l'outil de référence. Les stipulations convenues d'un commun accord dictent les conditions dans lesquelles le secret est assuré. Si aucun lien contractuel n'existe entre le détenteur de l'information protégée et les tiers, la responsabilité délictuelle sanctionne les comportements d'utilisation déloyale du secret. Le triptyque des libertés économiques, liberté contractuelle, liberté d'entreprendre et liberté de la concurrence, offrent alors un cadre dans lequel la préservation du secret et sa divulgation non autorisée doit être envisagé.

A cet égard les procédures mettant en jeu des informations protégées détenues secrètes ne doivent pas aboutir à leur divulgation. Il est donc nécessaire que la protection du secret s'étende aux contraintes procédurales, quelle que soit la juridiction ou l'autorité concernée. Dans ces circonstances, les libertés économiques viennent au secours du secret en assurant en pratique sa préservation dans les contrats (**Section I**), hors du contrat (**Section II**) et lors des procédures afférentes (**Section III**).

[398] C'est à dire, distributeur ou fournisseur, sous-traitant, co-contractant dans un contrat de recherché ou de transfert de technologie, etc…

Section I – Le secret sauvegardé dans les contrats

81. La technique contractuelle constitue une réponse à la difficulté de la diffusion d'informations confidentielles[399]. Elle permet de définir en amont les conditions de transmission de l'information et de faciliter en aval la preuve d'une divulgation non autorisée par l'identification préalable du comportement prohibé, voire de sa sanction[400].Une difficulté persiste néanmoins dans la démonstration de l'origine de la divulgation non autorisée. Il appartient en effet au détenteur de l'information protégée de démontrer que la « fuite » provient effectivement de son cocontractant.

La mise en jeu de la responsabilité contractuelle[401] passe naturellement par l'intégration d'obligations spécifiques dans les contrats : obligation de confidentialité (**§2**) et obligation de non concurrence (**§3**). En l'absence de stipulation, il convient de s'interroger sur le point de savoir si le contrat en lui-même peut être source de secret (**§1**). Dans ces trois hypothèses, la confidentialité a pour objectif la préservation des intérêts de son détenteur. Il n'en va pas de même lorsque le contrat a pour objet de conserver le secret afin de porter atteinte au marché (**§4**).

§1. Le principe de bonne foi, fondement de la préservation du secret

82. Liberté. La règle étant celle de la liberté – liberté d'expression, liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie – la seule conclusion d'un contrat ne comprenant pas de clause *ad hoc*, peut-elle emporter obligation pour les contractants de se taire ? Selon le Professeur Didier Poracchia, « *sauf abus, l'utilisation de l'information transmise est libre dans la mesure où elle ne fait pas l'objet d'un droit privatif*[402] ». Il en résulte que l'usage d'une information divulguée non protégée par un droit de propriété intellectuelle est par principe libre. Pour qu'une telle utilisation soit interdite, elle doit être stipulée comme telle.

---

[399] M.Risch, « Trade Secret Law and Information Development Incentives » (May 29, 2009), in "The Law And Theory Of Trade Secrecy: A Handbook Of Contemporary Research", Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg, eds., Edward Elgar Publishing, 2010, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://ssrn.com/abstract=1411579 : « *if the information were valuable enough, lack of trade secrecy protection might lead to new norms of contractual protection.*»

[400] Eventuellement par le biais d'une clause pénale

[401] Depuis le 1er octobre 2016, par l'invocation des articles 1193, 1217 et 1231 et suivants du code civil pour les contrats conclus après cette date cf Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; anciennement articles 1134 et 1147 du code civil.

[402] D. Poracchia, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », Revue Droit et Patrimoine, septembre 2000, n°85, Pratique – affaires p.20

83. La bonne foi comme limite. Le principe général d'exécution des contrats de bonne foi posé par l'article 1104 du Code civil[403] repris par l'article L.1222-1 du code du travail[404] laisse entrevoir une exception à cette affirmation. Cette limite strictement entendue concerne les « informations confidentielles »[405] de l'entreprise pour lesquelles les salariés peuvent être soumis à une obligation de se taire, quand bien même elle n'aurait pas été spécifiquement inscrite dans leur contrat de travail. Le caractère confidentiel de ces données doit en revanche être exempt de toute ambiguïté[406].

84. Confidentialité et liberté d'entreprendre. Dans une décision du 5 mars 2008[407], la Cour de cassation a ainsi cassé au visa de l'article 10 §2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'arrêt de la cour d'appel de Paris[408] qui avait jugé qu'« *un syndicat comme tout citoyen a toute latitude pour créer un site internet pour l'exercice de son droit d'expression directe et collective, qu'aucune restriction n'est apportée à l'exercice de ce droit et qu'aucune obligation légale ou de confidentialité ne pèse sur ses membres* ». La Cour de cassation retient à l'inverse qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher si les informations litigieuses avaient un caractère confidentiel et si ce caractère était de nature à justifier l'interdiction de leur divulgation au regard des intérêts légitimes de l'entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés* ». En d'autres termes, la préservation des intérêts légitimes de l'entreprise est de nature à justifier l'interdiction de divulgation d'informations confidentielles.

La liberté d'entreprendre de l'opérateur concerne non seulement la liberté d'accéder à une activité économique[409], mais également la liberté dans l'exercice de cette activité[410]. La

[403] Article 1104 du code civil, pour les contrats conclus à compter du 1er octobre 2016: « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*. », ancien article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*. »

[404] Art. L1222-1 du Code du travail : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

[405] Qui peuvent être éventuellement entendues comme faisant l'objet d'un « droit privatif » *lato sensu*

[406] G.Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », Revue de droit du travail 2014 p.396 : « *la confidentialité de données doit toujours être spéciale et précise ; il n'y a pas de protection générale d'informations qui seraient considérées, par nature, comme sensibles. C'est donc dans la seule mesure où l'employeur identifie spécialement une donnée interne à l'entreprise comme présentant un caractère confidentiel que le salarié est empêché de la révéler.* »

[407] Cass Soc 5 mars 2008 n° 06-18.907, Bull Civ V 2008, n°55, Recueil Dalloz 2008 p.840

[408] Cour d'appel de Paris 15 juin 2006, RG n° S05/02252, Fédération CGT des sociétés d'études c/ Société TNS SECODIP, n°JurisData : 2006-304407

[409] Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales) , Considérant 4

gestion des informations confidentielles de l'entreprise se rattache à notre sens à ce second aspect. A ce titre, le choix de divulguer ou de garder secrètes des informations protégées ressortent de la liberté d'entreprendre de l'opérateur. Cette liberté n'est toutefois pas absolue et une forme d'équilibre doit être recherchée pour concilier la préservation des « *intérêts légitimes de l'entreprise* » induisant le respect de la confidentialité, et les autres intérêts en présence, en l'espèce la liberté d'expression du syndicat[411]. En l'espèce, le point de pivot était constitué par la qualification du caractère confidentiel des informations et de leur importance pour l'entreprise. La preuve que ces données possédaient ces caractéristiques était de nature à justifier l'interdiction de leur divulgation. En revanche, si elles s'étaient avérées dépourvues des caractères requis, la liberté d'expression du syndicat devait primer.

La qualification de données confidentielles paraît empreinte de casuistique et il est difficile de prévoir en amont les informations protégées pour lesquelles la bonne foi dans l'exécution du contrat suffit à induire une obligation tacite de se taire. En conséquence, il ne saurait être trop recommandé aux opérateurs d'identifier spécifiquement par une mention *ad hoc* les informations dont ils souhaitent assurer la confidentialité. Un tel mécanisme, limité au support de l'information protégée, rejoint alors la technique contractuelle de l'obligation de confidentialité qui détaille dans le contrat les informations qui ne doivent pas être divulguées.

§2. Le secret consacré par l'obligation de confidentialité

85. L'obligation de confidentialité constitue la traduction contractuelle de la volonté de préserver le secret sur des informations confidentielles. Elle consiste à imposer expressément le silence à son débiteur par le biais d'une stipulation expresse qui interdit toute divulgation des informations mentionnées dans la clause.

Elle peut être introduite à tous les stades de la convention, à chaque période correspondant des besoins de confidentialité distincts et des risques propres (**A**). Ses effets sont en revanche similaires quelle que soit la date de sa souscription (**B**).

---

[410] Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle), Considérant 7

[411] B.Ines, « Site internet d'un syndicat : limites à la liberté d'expression », Recueil Dalloz 2008 p.840

A/ Le temps de l'obligation de confidentialité

86. Période précontractuelle. La réforme du droit des contrats a introduit un « *devoir égal de confidentialité* »[412] avec le nouvel article 1112-2 du code civil disposant que « *celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». Ce principe n'est pas nouveau mais résulte d'une jurisprudence ancienne considérant que la reprise d'un savoir-faire divulgué lors de négociations précontractuelles est constitutive d'une faute engageant la responsabilité de son auteur[413]. On pourrait être tenté de déduire de l'obligation générale édictée par le nouvel article 112-2, l'inutilité d'une obligation spécifique ayant le même objet. Il n'en n'est rien. Au cours de la période précontractuelle, l'obligation de confidentialité a pour objet de faciliter les pourparlers en vue de la conclusion de partenariats[414] ou de cession d'entreprise[415]. Elle prend la forme d'un accord de confidentialité ou *Non Disclosure Agreement* (NDA)[416] qui a vocation à désigner les informations considérées comme confidentielles au cours des pourparlers et à faciliter la preuve d'une divulgation non autorisée. Un auteur a de surcroît évoqué le caractère comminatoire de l'obligation qui assurerait une certaine « *discipline contractuelle* »[417]. L'impact psychologique de la clause est sans doute à prendre en compte, mais il nous semble que son premier intérêt réside dans sa fonction pratique d'identification des informations concernées[418]. La liberté contractuelle vient au soutien de l'accord de confidentialité à un double titre. Elle permet aux entreprises de déterminer précisément l'objet et l'étendue de la confidentialité souhaitée. Une fois celle-ci mise en œuvre, la liberté contractuelle donne aux parties la faculté de décider de contracter ou non en pleine connaissance de cause.

---

[412] A.-S. Lucas-Puget, « La clause de confidentialité, ccc n° 7, Juillet 2016, form. 7

[413] Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, Bull. civ. IV, n° 208 cité par Gougé, « Quelle incidence l'ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? », rlda septembre 2016 n°118, Dossier n° 6003 p.49
jur., p. 55, note J. Schmidt-Szalewski

[414] Qui peuvent prendre la forme d'accords de coopération, de recherche et de développement, de transfert de technologie mais également de contrats de sous-traitance, de distribution notamment de franchise…

[415] Ch.Geiger et J Boyer, « 3 QUESTIONS-L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », JcpE n° 5, 4 Février 2016, p.98 : L'accord de confidentialité prendra alors effet dans le cadre de data rooms - physiques ou virtuelles -permettant une « protection renforcée des informations confidentielles

[416] P.Lafleur, « Les stratégies conventionnelles d'anticipation du risque incorporel lié aux marques et à la PI… », RLDA n°91 mars 2014, Perspectives n°5023, p.100

[417] C. Caseau-Roche, « La clause de confidentialité », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.119

[418] E. Gougé, « Quelle incidence l'ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? », précité

87. Exécution du contrat. L'obligation peut être inscrite dans le corps du contrat *via* une clause *ad hoc*, dite clause de confidentialité ou de discrétion[419]. Elle est également susceptible d'apparaître dans le règlement intérieur d'une entreprise[420]. La clause de confidentialité trouve alors un support dans la liberté d'entreprendre. Celle-ci justifie en effet le recours à une obligation de discrétion qui permet à l'opérateur d'exercer pleinement son activité en la préservant vis-à-vis des tiers. A défaut d'une telle stipulation, la position concurrentielle de l'entreprise pourrait se trouver compromise[421]. C'est pourquoi, tout salarié est en outre tenu d'une obligation de loyauté et de discrétion, adaptée à sa fonction[422].

88. Période postcontractuelle. L'obligation de confidentialité peut enfin voir ses effets se poursuivre après la fin du contrat. Là encore, l'exercice de la liberté d'entreprendre du détenteur de l'information confidentielle légitime une telle clause qui a pour objectif de préserver ses secrets d'affaires. Malgré l'exigence générale de bonne foi ou de loyauté qui irradie également la période post-contractuelle[423], il existe un risque que le savoir-faire transmis soit utilisé par le licencié à l'issue du contrat, à défaut de clause prévoyant le contraire[424]. Dans le cas d'une clause de confidentialité intégrée à un contrat de travail, elle se confronte à la liberté du travail de l'ancien salarié et ses effets doivent être proportionnés au but recherché, afin de ne pas priver l'ancien salarié de toute possibilité de travailler.

---

[419] Intégrée à clause de confidentialité intégrée au contrat final, à un letter of intent ou un memorandum of understanding cf Ch.Geiger et J.Boyer, « L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », ccc n° 3, Mars 2016, alerte 18

[420] *Ibid.*.

[421] Ch.Geiger et J Boyer, « 3 QUESTIONS-L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », précité : C'est pourquoi, une clause compromissoire ainsi que la prévision de pénalités en cas de manquement sont de nature à conforter l'effet de l'obligation et le maintien du secret

[422] *Ibid.*.

[423] D.Mazeaud, « La bonne foi : en arrière toute ? », Recueil Dalloz 2006 p.761 : « *Précisément, «* l'obligation de loyauté à laquelle est astreint le salarié s'affaiblit mais ne s'éteint pas lorsque meurt son contrat de travail *». Il est vrai, cependant, que le particularisme du contrat de travail est tel que les solutions qu'il secrète ne peuvent peut-être pas prétendre à la généralité et s'appliquer, de facto, à l'ensemble des contrats. C'est sans doute, en effet, parce que les relations qu'il engendre entre les parties «* sont par nature si forte que leurs effets peuvent perdurer de plein droit pendant un certain temps après la fin de l'exécution du contrat *». Reste que, même en dehors de ce seul contrat très spécial, l'existence d'une bonne foi postcontractuelle a parfois reçu l'onction des juges, soit comme fondement de la sanction de la transmission d'un savoir-faire ou d'une information confidentielle à un concurrent, soit même comme support d'un droit, au profit de l'ancien partenaire contractuel, «* à une information préférentielle sur les conditions contractuelles futures de l'autre partie ». »

[424] D.Poracchia, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », Revue Droit et Patrimoine, septembre 2000, n°85, Pratique – affaires p.20

89. Durée de l'obligation. Il importe à cet égard de préciser la durée de l'obligation de confidentialité[425]. Elle constitue le curseur qui marque l'équilibre entre les besoins du détenteur des secrets d'affaires couverts par l'obligation et la liberté du co-contractant. C'est pourquoi il n'existe pas de durée « fixe » mais une détermination au gré des circonstances de l'espèce et des impératifs des parties. Elle est souvent évaluée à une période allant de cinq à dix ans[426]. La clause peut également stipuler que l'obligation vaut « tant que celui qui a transmis l'information y aura intérêt » ou « tant que l'information demeure secrète ». Ces formulations ne sont pas sans poser difficulté compte tenu de leur caractère potentiellement perpétuel[427] et doivent être évitées au profit d'une durée déterminée[428].

Une durée trop longue constitue une atteinte excessive non seulement à la liberté d'entreprendre du co-contractant[429], mais encore à la libre concurrence. L'obligation de confidentialité emporte des conséquences notables sur l'exercice de la concurrence dans la mesure où elle « *est une contrainte à la libre création des richesses, elle est susceptible de restreindre les activités économiques et donc, peut porter atteinte au libre jeu de la concurrence* »[430]. En d'autres termes, le silence requis par la clause est de nature à restreindre l'exercice de l'activité économique de son débiteur et concomitamment le développement de la concurrence. Les libertés économiques apparaissent ainsi comme la justification de l'existence de l'obligation de confidentialité mais également comme le cadre dans lequel doit être apprécié sa portée. Si la clause n'emporte qu'une obligation de ne pas révéler qui constitue une atteinte minimale à la liberté du débiteur de l'obligation[431] et à la libre concurrence, ses effets peuvent être stipulés pour une durée aussi longue que le secret. A l'inverse, si elle conduit à porter une atteinte importante à la liberté d'entreprendre, sa durée devra être limitée. Aucune règle générale ne se dégage de ce constat qui ne peut qu'aboutir à une certaine casuistique, fondée sur un contrôle de proportionnalité *a minima*[432] qui prend également en compte les effets de l'obligation de confidentialité.

---

[425] J-M Mousseron, « Secret et contrat - De la fin de l'un à la fin de l'autre », in Mélanges Foyer, éd. PUF 1997 : « *Comme toujours, les problèmes majeurs naissent du silence du contrat* »
[426] Ch.Geiger et J.Boyer, « L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », précité
[427] Article 1210 al 1 du code civil : « *Les engagements perpétuels sont prohibés* » ; voir G. Valdelièvre « La clause de confidentialité », RLDC juillet-août 2016 n°139, La clause du mois n°6225 p.41
[428] Une obligation de confidentialité à durée indéterminée étant sans intérêt, compte tenu de la faculté de résiliation à tout moment sous réserve du respect d'un préavis suffisant.
[429] D.Sassolas, « La durée des clauses de confidentialité », RTD Com. 2015 p.625
[430] *Ibid.*.
[431] Même si la question peut être discutée lorsque la clause aboutit à empêcher son débiteur de travailler
[432] Ch.Boillot, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTDCom 2010, p.243

B/ Les effets de l'obligation de confidentialité

90. Objet de l'obligation. Les effets de l'obligation de confidentialité dépendent naturellement de son contenu, et notamment du degré de précision de la clause qui la stipule. Ainsi, « *la clause de confidentialité est conceptuellement vertueuse mais pratiquement inefficace si les parties ne prennent pas le soin de déterminer précisément, parmi les informations d'utilité variable échangées, celles qu'elles entendent couvrir du secret pour ne pouvoir être réexploitées sans faute par celui qui y a eu accès au cours de la négociation* »[433]. Comme déjà mentionné, la clause de confidentialité a pour objet d'interdire à son débiteur de révéler des informations qui lui auraient été communiquées par son co-contractant. La portée de la clause est donc intrinsèquement liée à la définition des informations protégées dont la divulgation est interdite. A cet égard, le principe de liberté contractuelle permet aux parties d'instituer une catégorie de secrets adaptée aux circonstances, aux besoins des contractants et à l'économie du contrat. La clause a ainsi pu être qualifiée d'*« instrument de flexibilité contractuelle* »[434].

A défaut de précisions sur le contenu des données confidentielles[435], leur révélation inopportune pourrait ne pas être sanctionnée[436]. La stipulation se trouverait alors privée de toute utilité. Etablir une liste limitative n'est certes pas chose aisée et présente un risque d'oubli[437] ou de définition trop restrictive, mais un objet trop large rend la clause inefficace car elle ne permet pas de connaître précisément les informations qui en sont l'objet. La sanction de leur divulgation devient alors très délicate[438]. Une autre voie s'offre aux cocontractants, celle de procéder à l'identification des informations confidentielles au fur et à

[433] G.Loiseau, « La clause de confidentialité n'est efficace que si elle est précise », cce n°1, janvier 2015, Comm. n°3

[434] C. Caseau-Roche, « La clause de confidentialité », précité

[435] Au besoin par le biais d'un marquage spécifique cf Francis Hagel, « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2012, dossier 3 : *« Le marquage, ou tout autre moyen d'identification du caractère confidentiel, est courant en revanche dans la pratique des accords de secret, où les informations couvertes par le contrat doivent être délimitées clairement pour que le débiteur de l'obligation de confidentialité en connaisse exactement la portée.* »

[436] Voir à ce titre TGI Nanterre 2 octobre 2014 et CA Versailles 24 novembre 2015 Société Digitre c/ Société Neo Avenue, disponibles sur legalisnet, voir également Grégoire LOISEAU, « La clause de confidentialité n'est efficace que si elle est précise », cce n°1, janvier 2015, Comm. 3 (sur la décision du TGI), et Olivier Hayat, « Rédaction d'un accord de confidentialité : précisions demandées ! », le monde du droit 4 janvier 2016 (sur la décision de la cour d'appel de Versailles)

[437] Ch.Geiger et J.Boyer, « L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », précité ; également A.-S. Lucas-Puget, « La clause de confidentialité, précité

[438] G.Loiseau, « Laclause de confidentialité n'est efficace que si elle est précise », précité : « *Les rédacteurs de clauses doivent y être attentifs : plus la clause de confidentialité est générale quant aux données auxquelles elle s'applique, moins sa violation peut être judiciairement sanctionnée. Au contraire, plus la clause est précise dans la détermination des données couvertes par le secret, plus la confidentialité fait sens et peut être judiciairement garantie*. »

mesure de leur divulgation. Cette alternative présente cependant l'inconvénient majeur d'une intervention nécessaire pour chaque information confidentielle communiquée, « matériellement lourde à mettre en place et à maintenir dans la durée »[439]. En tout état de cause, la prévision de pénalités en cas de violation de la clause peut faciliter sa mise en œuvre[440] et se doubler d'un effet dissuasif.

91. Transmission des informations. Il importe également de préciser les moyens et les personnes responsables[441] du transfert de l'information confidentielle[442]. Outre l'aspect pratique de ces indications, elles permettent de faciliter la preuve d'une violation de la clause par la démonstration de la connaissance d'informations définies comme confidentielles par une personne non autorisée. Le sort des documents, supports de la transmission des données, à l'issue du contrat doit également être spécifié. Afin de préserver le secret[443], il est impératif que soit expressément stipulée la destruction ou la restitution, à l'expiration de la convention, de toutes les pièces énumérées au titre de la confidentialité.

92. Contrepartie de l'obligation de confidentialité. La clause de confidentialité fait naître une obligation de ne pas faire[444] qui se traduit par l'interdiction de toute divulgation, directe et indirecte, des informations confidentielles. Elle peut, de surcroît, s'accompagner d'une interdiction d'utilisation personnelle[445]. Le débiteur de l'obligation se retrouve ainsi en possession d'informations dont il doit faire totalement abstraction. Dans une telle hypothèse, la proposition, pour l'heure non retenue, d'une contrepartie financière au silence[446] a été faite. Si l'obligation de confidentialité aboutit à empêcher son débiteur de travailler, elle pourrait en effet justifier le versement d'une compensation[447] afin qu'un certain équilibre entre la préservation des intérêts du créancier et la faculté de travailler du débiteur soit respectée. Suivant la même logique, si l'obligation de confidentialité n'emporte pas d'atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle, c'est-à-dire si le débiteur conserve la possibilité de

[439] A.-S. Lucas-Puget, « La clause de confidentialité, précité
[440] Ch.Geiger et J.Boyer, « L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », précité
[441] [441] F-X.Testu, « La confidentialité conventionnelle », Droit et patrimoine n°102, mars 2002, Dossier Secret et relations d'affaires, p.81
[442] Par le biais de documents écrits, de transmission orale, de formation par des experts…
[443] L.Martin, « Le risque informationnel dans les relations de partenariat – Environnement et acteurs », Cahier de droit de l'entreprise n°5, septembre 2008, dossier 43
[444] D.Sassolas, « La durée des clauses de confidentialité », RTD Com. 2015 p.625, précité
[445] I.Cornesse « Clauses de confidentialité, vers une nouvelle saga judiciaire ? », RLDA, n°929 juillet-août 2008, repères 1749, p.55
[446] A l'instar de ce qui existe pour l'obligation de non-concurrence, voir *infra* n°94
[447] A l'inverse, la seule restriction de la liberté d'expression ne semble pas pouvoir justifier une telle compensation, cf I. Cornesse « Clauses de confidentialité, vers une nouvelle saga judiciaire ? », précité

travailler sans divulguer ni utiliser les informations protégées, la clause n'a pas à être assortie d'une contrepartie financière[448].

93. Limites à l'obligation de confidentialité. La recherche d'un équilibre conduit à la mise en œuvre d'exceptions[449] à l'obligation de confidentialité permettant au débiteur d'en être délié lorsque l'interdiction de révélation n'a plus de sens. Il en va ainsi notamment si l'information était déjà connue du débiteur de l'obligation, ou si l'information tombe dans le domaine public du fait d'une tierce personne[450]. L'obligation de confidentialité[451] ne saurait enfin justifier une rétention d'information dont la bonne foi commanderait la divulgation. Dans une telle hypothèse, « *le devoir de parler l'emporte sur celui de se taire* »[452].

L'obligation de confidentialité apparaît comme essentielle dans les échanges entre opérateurs à tous les stades du contrat. Elle permet à la fois une protection nécessaire aux échanges préalables à la conclusion des conventions, une protection spécifique pendant la durée du contrat et la préservation du secret à son terme. La « visée concurrentielle »[453] de l'obligation ne fait alors pas de doute. Suivant cette appréciation, la Commission a pu la considérer comme équivalente à une clause de non-concurrence[454], malgré des différences de régime significatives.

---

[448] Soc. 15 octobre 2014, n° 13-11.524, Bull 2014 V n°540 ; J-M.Garinot, « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. Pal. 11 décembre 2014 n°345, p.9, L.Gratton, « La clause de confidentialité sans contrepartie financière obligatoire, un horizon indépassable ? », Revue de droit du travail 2015 p.39

[449] qui devront être également stipulées pour éviter toute contestation

[450] F-X.Testu, « La confidentialité conventionnelle », Droit et patrimoine n°102, mars 2002, précité

[451] TGI Bethune 14 décembre 2010, RG n°09/02925, Acess from Everywhere c/ Eric N., cité in Jean-Emmanuel Ray, « Protéger l'information aujourd'hui et demain », Droit social 2013, p.111 : « *Une clause de confidentialité contient intrinsèquement une obligation de loyauté vis-à-vis de l'employeur, et cette obligation est d'autant plus renforcée qu'elle concerne une personne occupant un poste de cadre ou stratégique dans l'entreprise* ».

[452] J.Mestre et A-S Mestre-Chami, « Prévention et règlement des différends économiques », RLDA Perspectives 5075, n°13) p.77 citant Cass Com 12 mars 2013, n°12-11970

[453] Ch.Boillot, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTDCom 2010, p.243

[454] C.Robin, « La clause de non- concurrence et la clause de confidentialité à l'épreuve du droit de la concurrence », RLC janvier-mars 2013, n°34, Comm. 2196 p.30, concernant la décision de la Commission du 18 juin 2012, aff. n° COMP/39.736, Siemens/Areva : « *Pour la Commission, la clause de confidentialité équivalait à une clause de non- concurrence postcontractuelle dans la mesure où elle empêchait Siemens d'utiliser les informations commerciales confidentielles (et non le savoir- faire technologique confidentiel) auxquelles elle avait eu accès pendant la durée de vie de la joint- venture, puisqu'elle ne pouvait pas élaborer ses propres stratégies commerciales sans faire un usage implicite des informations auxquelles elle avait eu accès précédemment*. »

§3. L'usage du secret contraint par l'obligation de non concurrence

94. Dans l'Etat du Massachussets, « *le recours à la clause de non-concurrence a eu pour effet de favoriser les carrières au sein d'une même entreprise (avec un système de promotion à l'ancienneté), l'intégration verticale et en dernier ressort l'innovation interne plutôt que l'innovation de district* »[455]. Dans l'Etat de Californie, « *la quasi-interdiction des clauses de non-concurrence conduit à un autre équilibre. Elle permet de faire converger l'intérêt privé des entreprises et l'intérêt collectif, au sens où les profits joints inhérents au cycle d'innovation dans un district supplantent les coûts liés à la dilution de la propriété intellectuelle* »[456]. Ces entreprises parviennent néanmoins à fidéliser leurs employés autrement, notamment par des plans de Stock-Option qui constituent alors un « *moyen alternatif de rétention des connaissances au sein de ces entreprises* » [457].

Ces brefs exemples d'outre-Atlantique permettent de saisir deux caractéristiques essentielles de l'obligation de non-concurrence. Son intégration au contrat, liée dans les hypothèses précitées à l'existence d'une réglementation plus ou moins sévère, engendre des conséquences remarquables sur le développement de la concurrence et de l'innovation dans le domaine où elle s'exerce. En droit français et en droit européen, il n'existe pas de législation prohibant la clause de non-concurrence, celle-ci ressort donc de la liberté contractuelle (**A**). Mais la liberté n'est pas totale et des contraintes liées à la liberté d'entreprendre et à l'exigence de libre concurrence dictent des limites dans la mise en œuvre de l'obligation (**B**).

A/ L'obligation de non-concurrence, siège de la liberté contractuelle

95. Définition. L'obligation de non-concurrence a pour objet de restreindre l'activité de son débiteur, de telle sorte qu'il ne puisse faire concurrence à son co-contractant. Autrement dit, en « *autorisant la mise à l'écart d'un opérateur dont la concurrence pourrait s'avérer gênante, la clause de non-concurrence prohibe purement et simplement l'exercice d'une*

[455] Ch.Bessy, *« L'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail* », Revue d'économie industrielle n°125, 1er trimestre 2009, p.9
[456] *Ibid.* : « *les* « spillovers technologiques » *induits par la mobilité des salairés conduisent à diminuer le coût de la connaissance et permettent aux entreprises nouvelles entrantes d'en profiter pour le développement de produits commercialisables* »
[457] *Ibid.*.

activité professionnelle donnée »[458]. Les stipulations consacrant une telle obligation se retrouvent dans des contrats très divers[459], notamment dans les contrats de travail ou les réseaux de distribution. Dans ces deux cas, l'insertion d'une clause de non-concurrence peut s'avérer décisive pour la pérennité de l'entreprise qui en est créancière, ainsi que pour l'opérateur, salarié ou non, qui en est débiteur. La clause permet en effet à son créancier d'éviter la concurrence frontale de son ancien co-contractant de nature à mettre en péril le maintien de son activité. A l'inverse, la clause emporte des conséquences graves pour son débiteur, qui se voit privé de la possibilité d'exercer son activité. Il en résulte un équilibre délicat à mettre en œuvre entre les intérêts en présence.

96. L'obligation de non-concurrence fait l'objet de dispositions dans le règlement n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant les restrictions verticales qui la présente comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels* »[460]. Cette définition vise expressément l'obligation de non-concurrence mais elle peut également s'appliquer à l'exclusivité. Deux éléments permettent à notre sens de distinguer les notions. Le premier concerne leurs fondements respectifs et leurs caractéristiques : l'obligation de non-concurrence a pour seul objet d'interdire à son débiteur d'exercer une activité économique en concurrence avec celle du créancier de l'obligation. Il s'agit donc d'une obligation « *directe* ». L'exclusivité se présente en revanche comme un droit dont bénéficie son créancier qui a pour corollaire l'interdiction de s'approvisionner ou de revendre hors du domaine d'exclusivité conféré. Il s'agit donc d'un droit emportant une obligation « *indirecte* » de faire concurrence hors du cadre prévu contractuellement. Le second point de différenciation s'attache à la période à laquelle s'exerce l'obligation. L'exclusivité n'a de sens qu'au cours de l'exécution du contrat, car elle en constitue l'une de ses modalités. A l'inverse, même s'il existe des obligations de non-concurrence applicables pendant le contrat, celle-ci prend toute son ampleur lorsqu'elle est appliquée au terme du contrat, comme une obligation qui lui survit. A cet égard, si l'obligation de non-concurrence

[458] M.Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », éd. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, février 2004, n°228

[459] A titre d'exemples : vente ou location gérance d'un fonds de commerce, statuts d'une société, bail commercial, règlement de copropriété cf J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Grossi, L. Merland, N. Tagliarino-Vignal, « Droit commercial », tome 1, éd. LGDJ Coll. Manuel , 30ème éd° 2016, n°106, p.101

[460] Règlement n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, article 1 d)

n'engendre que peu de débats lorsqu'elle est stipulée pour la durée de la relation contractuelle, elle devient source d'interrogations lorsque sa durée excède celle du contrat.

97. Effet postcontractuel. Une clause de non-concurrence post-contractuelle permet à son créancier de préserver indirectement le secret en limitant les possibilités d'exercer une activité qui conduirait le débiteur de l'obligation à faire usage ou à divulguer les secrets d'affaires[461] dont il aurait eu connaissance à l'occasion de la relation contractuelle passée[462]. Elle rejoint dans son effet la clause de non-réutilisation ou de non-application d'un savoir-faire communiqué[463] qui peut également être stipulée dans un contrat. Ces deux clauses emportent pour leur débiteur l'exécution d'une obligation qui lui interdit d'exercer son activité, après l'issue du contrat, alors même qu'il n'en retire plus aucun bénéfice.

98. Libertés économiques. Les obligations de non-concurrence et de non-réutilisation d'un savoir-faire sont fondées sur la liberté contractuelle des parties[464], libres de déterminer notamment le contenu du contrat. Comme le précise le Professeur Jamin[465] : « *la liberté contractuelle joue ici un rôle crucial, puisque c'est au nom de sa primauté sur la liberté du commerce et de l'industrie affirmée à l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 qu'au cours du XIXe siècle la Cour de cassation a décidé de valider les clauses de non-concurrence, pour autant que celles-ci n'instituaient pas une interdiction générale et absolue de commercer au détriment de leurs débiteurs*[466]*. Et c'est encore aujourd'hui au nom de cette liberté que les clauses de non-concurrence sont validées*. » La primauté de liberté contractuelle sur la liberté du commerce et de l'industrie, entendue comme part de la liberté d'entreprendre ne nous paraît pas évidente. Ces deux libertés économiques bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle, et il nous semble qu'elles doivent s'allier dans un équilibre délicat plutôt que de s'affronter dans un rapport de domination. Dans cet objectif, la clause doit faire l'objet

[461] En ce compris le savoir-faire, voir *supra* n°46 et suivants

[462] La préservation du secret étant variable selon les secteurs d'activité : l'Autorité de la concurrence considère ainsi que dans le domaine de la distribution alimentaire le savoir-faire pouvant effectivement bénéficier d'une protection via la clause de non-concurrence est limité cf Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, n°156-157 p.43-44

[463] Qui va au-delà de la clause de confidentialité en ce qu'elle prohibe la divulgation du secret à des tiers ainsi que l'usage propre par celui qui en a reçu communication à l'expiration du contrat.

[464] C'est pourquoi, il est également possible pour le créancier de l'obligation d'y renoncer, à condition toutefois que cette renonciation s'effectue dans les délais de renonciations contractuellement prévus cf J.Séchier-Dechevrens, « vers un déséquilibre contractuel de la clause de non-concurrence », Dalloz 2006, p.1357

[465] Ch.Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », Dalloz 2003 p.2878

[466] V. en particulier, Cass. civ. 24 janvier 1866, DP 1866, 1, p. 81 ; Cass. req. 5 juillet 1865, DP 1865, p. 425, rapport Nachet ; 21 février 1862, DP 1862, 1, p. 185, cités par Christophe Jamin, précité

d'une interprétation restrictive[467] afin de tenter de concilier liberté contractuelle, liberté d'entreprendre et libre concurrence[468].

B/ L'obligation de non-concurrence, contrainte par la liberté d'entreprendre et la libre concurrence

99. Critères de validité. La licéité de la clause de non-concurrence est soumise à un certain nombre de conditions de validité, générales[469] et spécifiques au contrat en cause[470], qui ont pour objectif de s'assurer que la liberté du débiteur ne soit pas annihilée, mais seulement réduite[471]. Outre le consentement nécessaire des parties, l'obligation de non-concurrence est encadrée par une double limitation : l'identification précise de l'activité proscrite, afin d'éviter toute interdiction générale, et la restriction de la portée de l'obligation dans le temps et dans l'espace[472]. Les limitations spatiale et temporelle de la clause, précédemment alternatives en matière commerciale[473] semblent, depuis une décision de la Cour de cassation du 12 février 2013[474], devoir être considérées comme cumulatives. La clause doit de surcroît apparaître proportionnée aux intérêts légitimes à protéger au regard de l'objet du contrat[475]. Cela signifie que la stipulation doit être effectivement justifiée par l'intérêt du créancier et qu'elle n'engendre pas une obligation hors de proportion avec l'activité à protéger.

---

[467] M.Chagny et J-L.Fourgoux, « Les clauses de non-concurrence : approche pratique », rlda février 2012 n°68, Perspectives-Etude n°3886, p.62

[468] J.-B. Blaise et R. Desgorces, « Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, coll. Manuels, 9ème éd. 2017, p.347, n°601

[469] *Ibid.*., p.345 n°598 et suivants

[470] J.-B. Blaise et R. Desgorces, « Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution », précité, p.347 et suivantes n°602 et suivants. Sur la clause dans un contrat de travail emportant le nécessaire versement d'une contrepartie financière, voir également S.Schiller et J-M.Leprêtre, « Deux précisions sur le régime des clauses de non-concurrence », JcpE n°24, 12 juin 2014, p.1328 ; sur la clause dans un contrat de franchise, M. Marcinkowski, « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution n°1 du 18 janvier 2016, p.16 ; sur les spécificités de la clause, M. Chagny et J-L.Fourgoux, précité

[471] M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité n°230

[472] J.-B. Blaise et R. Desgorces, « Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution », précité, p.345, n°599

[473] *Ibid.*. ; également M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité n°230

[474] Cass Com 12 février 2013, pourvoi n°12-13726,inédit, D. 2013. 2812

[475] Commission d'examen des pratiques commerciales, 12 mai 2016, Avis n°16-09 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers ; A. Jaunasse, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence », RLC juillet-août 2016 n°52, Transparence et Pratiques restrictives de concurrence, n°2997 p.6 ; lettre creda-concurrence n°2016-63 du 26 mai 2016
CEPC, avis n° 16-9, 26 mai 2016

La hiérarchie entre l'exigence de la préservation d'un intérêt légitime[476] et du respect d'une certaine proportionnalité entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur[477] est discutée, certains auteurs[478] s'interrogeant sur la possibilité pour l'exigence de proportionnalité de « *synthétiser l'ensemble des conditions de validité* » tandis que d'autres font primer le critère de l'intérêt légitime[479]. Cette question ne nous semble pas essentielle tant les deux conditions paraissent liées : il ne peut y avoir de clause proportionnée sans intérêt légitime à son existence, et la légitimité de la clause ne peut que se traduire par un cadre proportionné. Il est d'ailleurs possible de considérer que la proportionnalité est l'expression pratique de la condition d'intérêt légitime.

100. Obligation de non-concurrence et accès au marché. La légitimité de la clause s'apprécie *in concreto* « *en fonction de données concrètes que l'on puise dans la relation contractuelle* »[480]. Cet examen doit permettre de déceler l'objectif de la stipulation consistant à empêcher le développement d'une « concurrence anormale » [481]. La portée de cette appréciation diffère selon que l'on examine l'obligation au regard du droit de la concurrence ou au regard du droit des contrats. Ce-dernier a en effet vocation à protéger la liberté individuelle du débiteur[482] et l'analyse de la clause de non-concurrence est guidée par la préservation de ses intérêts. Une stipulation qui aboutirait à priver le débiteur de sa liberté d'entreprendre ou de travailler ne pourrait qu'être considérée comme illégitime. Le droit de la concurrence se concentre en revanche sur la préservation de la concurrence sur le marché et de la possibilité d'y accéder. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il prévoit expressément une durée maximale à la clause de non-concurrence[483]. Il en résulte que l'incidence de l'obligation est appréhendée en considération de ses conséquences sur le marché, indépendamment de ses effets sur la liberté du débiteur qui en constitue alors seulement un

[476] Requis en droit des contrats et en droit de la concurrence cf Ch.-É. Bucher JCl Concurrence – Consommation - Fasc. 111 : « Clause de non-concurrence – Validité », 16 Juin 2016

[477] M.Malaurie-Vignal, « Appréciation de la proportionnalité d'une clause de non-concurrence », CCC n°12, décembre 2014, Comm. n°268, également M.Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTDCom 2009, p.259 et cf J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Grossi, L. Merland, N. Tagliarino-Vignal, « Droit commercial », tome 1, précité

[478] M.Chagny et J-L.Fourgoux, précité

[479] M.Gomy, « La clause de non-concurrence se justifie par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise », D. 2002, p.1262

[480] M.Gomy « La primauté du droit à la déspécialisation partielle sur la clause de non-concurrence : l'arbre qui cache la forêt », rlda n°75, octobre 2012, Perspectives-Etude n°4287 p.49 : notamment la « *connaissance d'un secret professionnel ou d'un savoir-faire* »

[481] M.Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », n°231

[482] *Ibid.*, n°370

[483] Règlement n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précité, Considérant 11et article 5.1. a)

indice[484]. Cette différence est notamment perceptible au regard de l'existence d'une contrepartie requise par le droits des contrats, tandis qu'elle est indifférente au regard du droit de la concurrence[485].

L'appréciation de la clause de non-concurrence se conjugue au temps des libertés économiques : fondée sur la liberté contractuelle, sa portée est circonscrite par la liberté d'entreprendre du débiteur ainsi que l'exigence d'accès au marché et de libre concurrence. Pour autant, il serait erroné de considérer les relations entre libertés économiques comme figées. Elles sont, à l'inverse, mouvantes au gré des évolutions du droit et de la société. Selon le Professeur Jamin[486], on observe ainsi depuis les arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 10 juillet 2002 un renversement d'équilibre entre la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ou la liberté du travail dans le cas des salariés : « *moins la clause de non-concurrence est le produit de la liberté contractuelle, plus sa portée est bornée par la liberté du commerce* ». En d'autres termes, si la clause de non-concurrence est imposée plus qu'acceptée[487], la liberté contractuelle n'a pu remplir son office concernant la libre négociation du contenu du contrat. La préservation des intérêts des parties est alors assurée par un examen plus sévère de la clause au regard de la préservation de liberté d'entreprendre du débiteur et de la libre concurrence.

Les libertés économiques apparaissent ainsi au cœur de la validation de l'obligation de non-concurrence, la justifiant et en définissant les contours. La clause de non-concurrence rejoint alors la clause de confidentialité comme mode de préservation contractuel du secret dans le respect des libertés économiques. Il existe également une hypothèse où le contrat entier, non pas l'une de ses stipulations, a pour objet d'empêcher la divulgation d'une information protégée. Dans ce cadre toutefois, l'exécution de la convention s'avère porter préjudice à la concurrence. Le secret est alors détourné par le contrat.

[484] M.Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », n°370
[485] *Ibid.*.
[486] Ch.Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », précité
[487] Ce qui sera souvent le cas lors de la conclusion d'un contrat où l'une des parties est en situation d'infériorité, à l'instar du contrat de travail

§4. Le détournement du secret par le contrat

101. Le contexte. Les informations protégées constituant des actifs immatériels importants pour les opérateurs, leur préservation est une préoccupation naturelle. Le mode de protection dont la durée est la plus longue, voire éternelle, est constitué par le secret[488]. Si cet intérêt est flagrant, il ne permet pas de répondre à tous les besoins. En particulier dans le secteur pharmaceutique, il importe que les informations protégées constituées par les principes actifs des médicaments soient protégées de telle sorte qu'elles puissent être divulguées sans risque afin de permettre leur commercialisation. Le brevet apparaît dans ce cas un outil plus adapté que le secret, à condition que les conditions de brevetabilité soient réunies[489]. Il permet en effet l'exploitation de l'invention composant le médicament, en bénéficiant d'un droit exclusif, qui l'autorise à agir contre quiconque en ferait un usage non autorisé. La durée du brevet est limitée à vingt ans[490] auxquels peut s'ajouter la durée de protection d'un certificat complémentaire de protection[491] qui a vocation à compenser le temps nécessaire à l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché des nouveaux médicaments. Compte tenu des coûts très importants de développement de nouveaux principes actifs, les laboratoires ont cherché différents biais pour prolonger l'exclusivité sur leurs informations protégées et retarder l'arrivée de génériques, synonymes de diminution de parts de marché et de prix de vente.

102. Les accords de report d'entrée. L'un des mécanismes[492] mis en œuvre par les laboratoires de *princeps* pour ajourner la commercialisation de médicaments génériques à l'issue de la durée de protection des brevets pharmaceutiques consiste dans la conclusion de contrats avec les génériqueurs comprenant leur engagement de ne pas introduire leurs produits sur le marché en échange d'une contrepartie. Ils sont dénommés accords de report d'entrée sur le marché, « *pay for delay* » ou « *Reverse-Payment Deals* »[493] et se décomposent en trois

[488] Sur les différents types de secret, voir *supra* Section II Chapitre 1 Titre I Partie I

[489] Article L611-10 1) du CPI : « *Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ».

[490] Article L611-2 1° du CPI : *« Les brevets d'invention, délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande* »

[491] Article L611-2 3° : « *les certificats complémentaires de protection rattaché à un brevet dans les conditions prévues à l'article L611-3, prenant effet au terme légal du brevet auquel ils se rattachent pour une durée ne pouvant excéder sept ans à compter de ce terme et dix-sept ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à ce même article* »

[492] Un autre mécanisme consiste à titre d'exemple à dénigrer le produit générique cf Cass Com 11 janvier 2017, n° 15-17.134, « Élaboration de la stratégie d'éviction d'un médicament générique : une pratique anticoncurrentielle par objet - RLC février 2017, n°58, Les essentiels du mois n°3112 p.7

[493] *« L'expression* « reverse payment » *se réfère au fait que* « le paiement s'effectue dans le sens opposé de ce qui serait normalement prévu en droit des brevets, dans le cas où un concurrent paie le titulaire du brevet afin

éléments : il s'agit d'un contrat qui emporte une obligation de ne pas faire en échange d'une contrepartie.

103. Un contrat. La convention de *pay for delay* est souvent présentée comme étant l'issue d'un règlement amiable d'un litige en annulation de brevet[494]. Lorsque la durée de protection du principe actif d'un médicament arrive à terme, il peut en effet s'avérer dans l'intérêt des génériqueurs de contester la validité du brevet en fin de vie afin de profiter au plus tôt de l'autorisation de mise sur le marché qu'ils auront obtenue mais dont la mise en œuvre effective doit patienter jusqu'à l'expiration de la protection[495]. Face à cette menace planant sur la validité de ses brevets, le titulaire peut opter pour une résolution amiable dont les modalités constitueront le corps de l'accord de report d'entrée. Outre cette hypothèse, il est également envisageable que l'accord de *pay for delay* résulte d'une coopération commerciale ou industrielle entre les laboratoires en dehors de tout litige[496]. Les risques qu'une telle convention soit analysée en un accord de répartition de marché est grande et elle doit être examinée avec encore plus d'attention[497].

104. L'obligation de ne pas faire. Le contrat a pour objet d'imposer au génériqueur d'attendre une certaine durée, qui peut excéder le terme de la protection du médicament *princeps*, avant de mettre sur le marché le médicament générique dont le principe actif doit être précisément défini[498]. En d'autres termes, la convention emporte pour le génériqueur l'interdiction de vendre un produit en concurrence avec le médicament *princeps* durant une période déterminée. Elle met donc en œuvre un mécanisme similaire à celui de la clause de non-concurrence[499] qui se définit comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont*

---

d'obtenir une licence et de pouvoir pénétrer le marché » cf C. Flores Alvarez, Les accords « pay-for-delay » dans le secteur pharmaceutique : jurisprudence récente et dichotomie objet/effet, Mémoire 2015-2016, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/1170/4/Les%20accords%20pay-for-delay.pdf cité par E. Claudel, « Union européenne - Cour de justice et tribunal de l'Union européenne (2nde partie) », Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2017, chron. 6

[494] P.-D. Cervetti, « Les accords de report d'entrée : une stratégie méconnue du secteur pharmaceutique », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2013, étude 9

[495] *Ibid.*. ; également E. Claudel, « Union européenne - Cour de justice et tribunal de l'Union européenne (2nde partie) », précité

[496] .-D. Cervetti, « Les accords de report d'entrée : une stratégie méconnue du secteur pharmaceutique », précité

[497] Voir*infra* n°106

[498] P.-D. Cervetti, « Les accords de report d'entrée : une stratégie méconnue du secteur pharmaceutique », précité

[499] Voir *supra* n°94

en concurrence avec les biens ou les services contractuels »[500]. En ce sens, le contrat de report d'entrée permet de limiter la divulgation de l'information protégée à la seule commercialisation du produit par le laboratoire de *princeps* et de préserver le secret à l'égard des tiers.

L'obligation de ne pas faire des accords *pay for delay* se distingue toutefois de la clause de non-concurrence par deux aspects. Le premier réside dans la motivation du contrat qui a vocation à prolonger artificiellement le monopole légal concédé par le brevet[501]. Le contrat aboutit à un détournement du secret en conférant contractuellement une protection supplémentaire à des informations protégées devant tomber dans le domaine public. Les accords de report d'entrée engendrent ainsi des conséquences sur l'ensemble du marché, atteignant également les consommateurs qui se voient privés d'une alternative *a priori* moins coûteuse que le médicament *princeps*. A l'inverse, une clause de non-concurrence a une portée limitée aux relations entre les contractants et vise à préserver les intérêts du créancier de la clause en portant une atteinte mesurée à ceux du débiteur. Le second point de différenciation des contrats de report d'entrée et des clauses de non-concurrence, concerne la contrepartie de l'obligation.

105. La contrepartie de l'obligation. L'interdiction de mise sur le marché peut avoir différents types de contrepartie. La plus simple consiste dans le paiement d'un somme, forfaitaire ou pourcentage du chiffre d'affaire réalisé par la vente du médicament *princeps*. La contrepartie peut également concerner le rachat des stocks de génériques, la mise à disposition du générique des circuits de fabrication, la distribution et/ou la fabrication du médicament *princeps* par le générique *via* des contrats de licence et de distribution, ou encore la répartition de marché[502]. L'appréciation de la contrepartie et de son caractère proportionné ainsi que la portée de l'obligation de ne pas faire dictent la manière dont le droit de la concurrence évalue ces accords[503].

---

[500] Règlement n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, article 1 d)

[501] Déjà légalement prorogé par le certificat complémentaire de protection

[502] P.-D. Cervetti, « Les accords de report d'entrée : une stratégie méconnue du secteur pharmaceutique », précité

[503] E. Claudel, « Union européenne - Cour de justice et tribunal de l'Union européenne (2nde partie) », précité : « *On voit que deux critères permettent d'apprécier le caractère éventuellement anticoncurrentiel de tels accords : le fait qu'ils impliquent ou non une limitation de la capacité du médicament générique à pénétrer sur le marché et le fait qu'ils impliquent ou non, et dans quelle proportion, un transfert de valeur.* »

106. L'appréciation du contrat au regard du droit de la concurrence. Fondée sur la liberté contractuelle, les accords de report d'entrée ne sont pas illicites en soi. Leur mise en œuvre et particulièrement l'ampleur de la contrepartie prévue sont toutefois sources de discussions au regard du droit de la concurrence. A cet égard, il n'existe pas de prohibition générale des accords *pay for delay* au titre de l'interdiction des ententes[504]. Aussi, il convient d'examiner précisément les conditions de chacun des accords soumis.

Aux Etats-Unis, les appréciations de tels accords étaient mitigées : la plupart des juridictions américaines les considéraient comme valables au nom de la liberté contractuelle[505], tandis qu'une autre[506] invoquait qu'un tel contrat « *permettait un partage du profit issu du monopole entre les concurrents potentiels sans aucune assurance que le brevet sous-jacent est valable* »[507], portant ainsi en elle la « *preuve d'une restriction déraisonnable au commerce* »[508]. La Cour suprême a mis un terme à ces interprétations divergentes dans sa décision Actavis[509]. Si elle écarte toute condamnation *per se* de ces accords, elle requiert l'application de la règle de raison à chaque espèce[510].

En Europe, le Tribunal[511] a retenu une analyse par objet de ces conventions conclus exclusivement dans le cadre de règlements amiables. Cette démarche s'explique par le fait que la Commission, comme le Tribunal, assimilent les accords *« pay for delay »* à des ententes de partage ou d'exclusion de marché.[512] La Commission et le Tribunal retiennent tous deux que les transactions en matière de brevet qui comporte des paiements inversés ne sont pas, en soi, contraires à l'article 101 §1 TFUE[513]. En revanche, l'existence de paiements

[504] Article 101 §1 TFUE et article L 420-1 du code de commerce
[505] C. Le Gallou, « Les contrats Pay for Delay, illégaux », Revue Lamy droit civil n°100 janvier 2013, Perspective – Chronique – Common law, n° 4963, p.68
[506] Court of appeal (3rd circ.), 16 juill. 2012, K-Dur Antitrust Litigation, n° 10-2077,10-2078, 10-2079 cité par C. Le Gallou, « Les contrats Pay for Delay, illégaux », précité
[507] *Ibid.*.
[508] *Ibid.*.
[509] US Supreme Court, 17 juin 2013, n° 12-416 FTC v. Actavis Inc
[510] T. Schrepel, Antitrust letter n°1, https://leconcurrentialiste.com ; L. Idot, « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Les suites de l'arrêt dit « des cartes bancaires » : la distinction « restriction de concurrence par objet/restriction par effet » toujours au coeur des débats sur l'article 101 TFUE », RTD Eur. 2016 p.817 ; E Dieny, « Avis de grand frais sur les accords (anticoncurrentiels) entre laboratoires princeps et génériques, ccc août-septembre 2013, Focus n°48, p.3
[511] TUE 9ème chambre 8 septembre 2016, aff T-472/13, H. Lundbeck A/S, Lundbeck Ltd c/ Commission, décision ayant fait l'objet d'un pourvoi en cours d'examen cf aff aff C-591/16 P. Les faits concernait la conclusion par Lundbeck d'accords concernant l'un de ses médicaments, le citalopram, avec quatre entreprises de médicaments générique comportant l'engagement de ces entreprises de ne pas entrer sur le marché du citalopram, en contrepartie, entre autres, du versement par Lundbeck de paiements importants.
[512] E. Claudel, « Union européenne - Cour de justice et tribunal de l'Union européenne (2nde partie), Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2017, chron. 6
[513] TUE 9ème chambre 8 septembre 2016, aff T-472/13, précité, pt 354

inversés ainsi que leur caractère disproportionné sont des éléments pertinents pour apprécier si l'accord litigieux constitue une restriction par objet.

Dans ce cadre, le Tribunal apprécie avant toute chose si les parties à la convention de report d'entrée sont des concurrents potentiels. Pour cela, il effectue une analyse *in concreto* relevant expressément les investissements déjà réalisés, les démarches pour obtenir une autorisation de mise sur le marché, les contrats d'approvisionnement, etc… pour chaque générique[514]. Ensuite, sont examinés les contours de la contrepartie proposée en échange de l'absence de commercialisation du médicament générique et ses conséquences sur le marché. En l'espèce, le caractère disproportionné du paiement résulte notamment du fait que son montant correspond au moins au profit escompté par les génériqueurs en cas d'entrée sur le marché[515]. La convention se compose de clauses restreignant fortement la liberté des co-contractants, à travers des restrictions allant au-delà de la portée des brevets du laboratoire de *princeps*. Le Tribunal, reprenant l'analyse de la Commission, en conclut que ces accords ont « *transformé l'incertitude quant à l'issue d'actions contentieuses en contrefaçon en la certitude que les génériques n'entreraient pas sur le marché. Ces limitations ne résultent par conséquent pas des mérites du droit exclusif en cause, mais de l'importance des paiements inversés prévus et des autres restrictions contractuelles* » [516]. Autrement dit, les contrats de *pay for delay* analysés en l'espèce constituent des restrictions de concurrence par objet aboutissant à l'anéantissement de l'incertitude propre à une concurrence saine et loyale.

La liberté contractuelle des opérateurs cède ici devant les impératifs de la libre concurrence. Les libertés économiques offrent ainsi un cadre, mais également des limites à la préservation du secret par le contrat, qu'il s'agisse de l'obligation générale de bonne foi, de stipulations spécifiques de confidentialité ou de non–concurrence, ou d'accord de report d'entrée. Il ne faudrait pas en conclure que la portée des libertés économiques cesse aux frontières de la convention. Bien au contraire, elles irriguent les conditions de la préservation du secret hors du contrat.

[514] L. Idot, « Accords de report d'entrée dans le secteur pharmaceutique », Europe, novembre 2016, Politiques et actions de l'Union – Concurrence, Comm. n°408
[515] *Ibid.*.
[516] TUE 9ème chambre 8 septembre 2016, aff T-472/13, précité, pt 336

Section II – Le secret défendu hors du contrat

107. Divulgation contraire aux usages commerciaux honnêtes. L'article 39 des Accords ADPIC prévoit que les renseignements non divulgués sont protégés par le biais de la concurrence déloyale[517] au sens de la Convention d'Union de Paris qui la définit comme « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* »[518]. En conséquence, la divulgation de renseignements sans le consentement de leur détenteur et « *d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes* »[519] doit pouvoir être empêchée[520]. La liberté d'entreprendre vient au soutien de la préservation du secret dont la divulgation déloyale est prohibée. Les Accords ADPIC ne précisent pas les modalités « d'empêchement » d'une divulgation. La seule option évoquée est la protection « *effective* » contre la concurrence déloyale. Il appartient dès lors à chaque partie aux Accords ADPIC de prévoir les conditions d'application de ces principes. En droit positif, en dehors de tout contrat, la protection des secrets d'affaires s'effectue par le biais de la responsabilité pénale (**§1**) ou extracontractuelle (**§2**).

---

[517] ADPIC - Section 7: Protection des renseignements non divulgués, Article 39, 1) : « *En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.* »

[518] Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée, Article 10bis :
« *1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.*
2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.
3) Notamment devront être interdits :
1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;
2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;
3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises. »

[519] Selon la note 10 interprétant l'article : « *l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant.* »

[520] ADPIC - Section 7: Protection des renseignements non divulgués, Article 39, 2) : « *Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes* »

§1. Le secret protégé *via* la responsabilité pénale

108. Le principe de légalité des délits et des peines commande que la divulgation non autorisée d'informations protégées par le secret fasse l'objet d'une incrimination. Il peut s'agir d'une incrimination spécifique au secret (**A**) ou d'incriminations ayant une portée plus large susceptible de couvrir le secret (**B**).

A/ La protection pénale spécifique du secret

109. Les tentatives de création d'une incrimination pénale spécifique. Le droit interne connaît depuis plusieurs années des tentatives récurrentes pour créer une incrimination spécifique de violation du secret d'affaires[521]. Le dernier essai concerne la création d'un délit d'espionnage économique par la Commission des lois du Sénat à l'occasion de l'examen de la proposition de loi portant transposition de la directive n°2016/943 sur les secrets d'affaires. L'amendement COM-27 visait à introduire dans le dans le chapitre IV du titre Ier du code pénal, après la section sur l'abus de confiance, un nouveau délit défini comme *« le fait d'obtenir, d'utiliser ou de divulguer de façon illicite une information protégée au titre du secret des affaires (…), en contournant sciemment les mesures de protection mises en place par son détenteur légitime, afin d'en retirer un avantage de nature exclusivement économique* ». Cette nouvelle infraction devait être punie des mêmes peines que l'abus de confiance c'est-à-dire trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende[522]. Saisi en amont[523], le Conseil d'Etat[524] avait rappelé sa position dégagée en 2011 à l'occasion de la proposition de loi Carayon, soulignant que « *la définition large et insuffisamment précise du secret des affaires se prêtait mal au domaine pénal compte tenu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale et du respect du principe constitutionnel de légalité des délits et des*

[521] La proposition de loi Urvoas du 16 juillet 2014 comprenant notamment un volet pénal, à l'instar de la proposition Carayon du 22 novembre 2011

[522] Rapport de M. Ch.-A. Frassa n°419 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, portant transposition de la directive n°2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation
Illicites, enregistré à la Présidence du Sénat le 11 avril 2018 p.50

[523] Dont le texte ne prévoyait aucune incrimination pénale

[524] Conseil d'Etat, Assemblée générale, séance du jeudi 15 mars 2018, Section de l'intérieur, N° 394422, Avis sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

peines »[525]. Admettant que la définition large du secret d'affaire ne peut fonder un délit, M. Frassa estime en revanche que l'incrimination, telle que décrite, « *définit avec précision ses éléments matériel – le fait de contourner sciemment les mesures de protection mises en place par le détenteur légitime du secret – et intentionnel – le but d'en retirer un avantage de nature exclusivement économique* »[526]. En conséquence, le texte de la Commission des lois n°420, enregistré à la présidence du Sénat le 11 avril 2018 prévoyait : « *le chapitre IV du titre Ier du livre III du code pénal est ainsi modifié : 1° Après la section 1, est insérée une section 1 bis ainsi rédigée : Section 1 bis - Du détournement d'une information économique protégée Art. 314-4-1. - Le fait d'obtenir, d'utiliser ou de divulguer de façon illicite une information protégée au titre du secret des affaires en application du chapitre Ier du titre V du livre Ier du code de commerce, en contournant sciemment les mesures de protection mises en place par son détenteur légitime, afin d'en retirer un avantage de nature exclusivement économique, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.* »

Ce délit n'a finalement pas été retenu par la Commission mixte paritaire réunie le 24 mai 2018, au motif que son introduction semblait prématurée et qu'elle devrait faire l'objet d'une réflexion commune ultérieure sur la sanction pénale des violations des secrets d'affaires[527]. Les motifs de ce report nous paraissent devoir être discutés. Le caractère prématuré invoqué ne nous semble pas correspondre à la réalité : la réflexion sur l'introduction d'un délit de violation des secrets d'affaires est en effet un projet récurrent ces dernières années. En revanche, il nous semble effectivement que l'introduction du délit envisagé dans le cadre de la procédure accélérée de la transposition de la directive n°2016/943 aurait été le résultat d'une démarche précipitée. Or, il nous semble qu'une véritable réflexion sur l'opportunité de la création d'une telle infraction doit effectivement être menée. Si elle s'avérait positive, l'incrimination de violation des secrets d'affaires nécessiterait sans doute de prévoir une définition plus précise des secrets d'affaires, devant s'articuler avec celle retenue au plan civil. Alors seulement, un délit spécialement dédié à la sanction de la violation des secrets d'affaires pourrait être introduit. A ce jour, il existe une seule incrimination spécifique, qui concerne la violation du secret de fabrique[528].

[525] *Ibid.. pt 8*
[526] Rapport de M. Ch.-A. Frassa, précité, p.50-51
[527] Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires : un accord est trouvé en commission mixte paritaire cf https://www.senat.fr/presse/cp20180524e.html
[528] Pour une définition du secret de fabrique, voir *supra* n°36 et suivants

110. La violation du secret de fabrique. Comme l'indique implicitement la présence de l'incrimination dans le code du travail[529] et non plus dans le code pénal, le délit de divulgation de secret de fabrique est intrinsèquement lié à une relation de travail[530]. La connaissance du secret doit avoir eu lieu à l'occasion des fonctions de la personne visée[531] et la révélation du secret doit être concomitante ou postérieure à ces fonctions[532].

111. Auteur du délit. Les articles L.1227-1 du code du travail et L.621-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI) disposent ainsi que l'auteur d'une telle infraction est un « *directeur* » ou un « *salarié* ». L'impératif d'une interprétation stricte de la loi pénale[533] excluant d'étendre l'incrimination à des personnes non visées, seules des personnes étant ou ayant été[534] employées par l'entreprise qui se prévaut du secret de fabrique peuvent être visées. Il est possible de percevoir dès à présent une limite importante à un usage répandu de cette incrimination en ce qu'elle ne saurait concerner toute personne « non salariée » par l'entreprise, tel un associé non salarié, un intérimaire, un sous-traitant, un client, un fournisseur ou un employé de ceux-ci[535]. Le champ d'application relatif à l'auteur du délit est ainsi très étroit.

112. Une divulgation. Le secret de fabrique doit être effectivement divulgué, ou il doit avoir existé une tentative de divulgation. Les articles L1227-1 du code du travail et L621-1 du CPI sanctionnent en effet expressément : « ***Le fait*** *pour un directeur ou un salarié* ***de révéler ou de tenter de révéler*** *un secret de fabrication* ». Il ne suffit pas d'avoir connaissance d'un secret de fabrique pour être sanctionné, il faut le communiquer. Cette exigence exclut du champ d'application de l'incrimination, l'exploitation du secret de fabrique pour son propre

[529] Art. L1227-1 du code du travail

[530] J. Lasserre Capdeville, « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ Pénal 2011, p.459, l'auteur allant plus loin en faisant valoir l'exigence d'existence d'un contrat de travail entre l'auteur des faits et la victime.

[531] Voir notamment CA Montpellier 26 mai 2005, 3ème chambre correctionnelle, Fernandez, Martinez c/ Ministère public, RG n°05/00307, jurisdata n°2005-291997 qui précise que « *l'auteur de la communication doit avoir eu connaissance du secret en raison de ses fonctions, ou de son emploi et que la communication frauduleuse postérieure à la sortie de l'établissement est punissable* »

[532] Voir notamment CA Paris 5 juin 2012, Pôle 6 Chambre 1, Ballot c/ Ministère public, RG n°11/08851, jurisdata n° 2012-016189 qui énonce que « *l'article L.1227-1 du code du travail n'impose pas que le prévenu de ce chef soit salarié en exercice au moment de la révélation reprochée, dès lors qu'il a bien eu cette qualité et qu'il a connu le secret de fabrique concerné comme salarié* », également CA Grenoble 19 mars 2012, 1ère Chambre correctionnelle, SA Micro-Technic et a. c/ Ministère public, RG n°11/01328, jurisdata n° 2012-020133 précisant que « *cette incrimination est applicable aux révélations intervenues postérieurement à l'expiration du contrat de travail du salarié* »

[533] Article 111-4 du code pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* »

[534] Voir notamment CA Grenoble 19 mars 2012, 1ère Chambre correctionnelle, SA Micro-Technic et a. c/ Ministère public, RG n°11/01328, jurisdata n° 2012-020133

[535] J. Passa, Traité du droit de la propriété industrielle, tome 2, précité , n°931 p.1016

compte par un ancien employé. En revanche, si celui-ci, constitue une société au sein de laquelle le secret de fabrique est exploité, la révélation incriminée est constituée[536]. Les bénéficiaires de la révélation du secret de fabrique ne sont pas expressément visés par l'incrimination pénale et ne peuvent donc être sanctionnés au seul titre qu'ils profitent de cette divulgation. Leur comportement actif dans la commission d'une infraction peut en revanche être puni en application des principes de droit pénal.

113. Complicité. La complicité[537] est ainsi sanctionnée par l'article 121-6 du code pénal[538]. L'assistance, la mise à disposition de personnel et de locaux constituent notamment des comportements susceptibles de caractériser la complicité du tiers bénéficiaire. La Cour de cassation a ainsi rappelé dans une décision du 20 juin 1973[539] : « *Attendu qu'en ce qui concerne Y..., les juges énoncent que ce prévenu a sciemment aide et assisté X... dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé le délit commis par ce dernier ; (...) qu'il s'est adresse a X..., qu'il savait être le créateur des machines de la société Ulmic, pour lui faire réaliser des machines susceptibles d'assurer à la société Cacermet une production équivalente à celle de la société Ulmic et qu'il a mis à sa disposition le personnel et les locaux nécessaires dans des conditions qui ont permis la reproduction puis la destruction clandestines des documents fournis* ».

114. Recel. Le recel[540] de violation de secret de fabrique par le tiers bénéficiaire peut également être caractérisé, y compris lorsque la complicité n'a pas été retenue[541]. Si le

---

[536] *Ibid.*. , n°932 p.1017

[537] définie par l'article 121-7 du code pénal : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une* infrac*tion ou donné des instructions pour la commettre* »

[538] Art. 121-6 c. pén. : « *Sera puni comme auteur le complice de l'*infrac*tion, au sens de l'article 121-7* ».

[539] Cass crim 20 juin 1973, n° 72-92270, Bull Crim n°289 p.684

[540] Art. 321-1 c. pén. : « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.*
Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. » Le recel était précédemment visé par l'article 460 de l'ancien code pénal disposant : « *Ceux qui, sciemment, auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 10.000 F à 2.500.000 F ou de l'une de ces deux peines. L'amende pourra être élevée au-delà de 2.500.000 F jusqu'à la moitié de la valeur des objets recelés*. »
Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

[541] Cass crim 7 novembre 1974 n° 72-93034, Bull Crim n° 323 p. 825 : « *l'arrêt attaqué a déclaré, à tort, Alexandre Y... Z... complice du délit de communication de secret de fabrique commis par X..., alors qu'il n'a relevé, de la part du demandeur, aucun acte de provocation, d'incitation, d'aide ou d'assistance antérieur ou concomitant a la consommation de cette* infrac*tion ; qu'en revanche, la constatation, faite par les juges d'appel,*

bénéficiaire de la divulgation ignore son caractère délictueux, il ne peut être poursuivi. A l'inverse, s'il recueille et profite du secret de fabrique « en connaissance de cause », il se rend coupable de recel. Plus récemment, la Cour de cassation dans un arrêt du 19 septembre 2006[542] et la cour d'appel de Grenoble dans une décision du 19 mars 2012[543] ont recherché la connaissance de l'existence du secret de fabrique pour caractériser l'infraction de recel.

115. Usage de l'incrimination. Il existe relativement peu de jurisprudence concernant le délit de révélation de secret de fabrique, ce qui dénote un usage limité de cette incrimination. Différentes explications peuvent être avancées. Tout d'abord, le caractère restrictif de l'incrimination ne peut concerner qu'un secret de fabrication (et non un savoir-faire commercial), révélé par un salarié de l'entreprise (excluant tout prestataire tiers). Les conditions strictes de mise en œuvre de l'infraction de révélation de secret de fabrique portent en elles une application limitée. Par ailleurs, la divulgation du secret de fabrication n'est envisagée que sous l'aspect pénal. Or, dans bien des cas, des concurrents ou des partenaires économiques préféreront éviter d'engager une action pénale pour régler leur différends mais opteront pour des modes alternatifs de règlement de litiges de nature à préserver une certaine confidentialité[544], en particulier lorsque des secrets sont en cause. Enfin, si une action judiciaire est engagée, une action civile sera préférée à une procédure pénale, dans la mesure où elle mettra l'accent sur la réparation du préjudice subi du fait de la divulgation, plutôt que sur l'atteinte sociétale sanctionnée par le droit pénal.

116. L'extension du champ d'application en question. Une décision récente peut être interprétée comme voulant donner un champ d'application plus large au délit de révélation de secret de fabrique. La cour d'appel de Paris[545] a ainsi considéré que la divulgation de fractions de codes sources pouvaient être constitutive d'une violation du secret de fabrique au sens de l'article L.1227-1 du code du travail. Cette appréciation est audacieuse à plus d'un titre.

---

que Y... Z... a accueilli, en connaissance de cause les renseignements frauduleusement apportes par X... et qu'il les a mis en œuvre, caractérise le délit de recel, prévu et puni par l'article 460 du code pénal

[542] Cass Crim 19 septembre 2006, n°05-85360, inédit

[543] CA Grenoble 19 mars 2012, 1ère Chambre correctionnelle, SA Micro-Technic et a. c/ Ministère public, RG n°11/01328, jurisdata n° 2012-020133 : « *La Société Micro-Technic, par l'intermédiaire de son dirigeant, a sciemment eu recours, de manière clandestine et sous couvert de bénévolat, à deux spécialistes de la machine Dixon pour utiliser ce procédé industriel, dont elle n'ignorait pas qu'il constituait un secret de fabrique en sa qualité de fournisseur habituel de la Société Suturex & Renodex et en tirer profit en vendant et en livrant à un concurrent direct de cette dernière la machine provenant de la révélation de ce secret. L'infraction de recel de révélation de secret de fabrication est ainsi caractérisée en tous ses éléments*. »

[544] L'arbitrage au premier chef, mais la médiation et la conciliation peuvent également être envisagées

[545] CA Paris 5 juin 2012, Pôle 6 Chambre 1, Ballot c/ Ministère public, RG n°11/08851, jurisdata n° 2012-016189

Pour réfuter toute divulgation de secret de fabrique, le prévenu invoquait notamment le fait que « *la mise au point d'un code source ne peut être assimilé à un procédé industriel* » et que « *les seuls « fragments » de code source communiqués sont incomplets et inexploitables pour réaliser les appareils commercialisés* ». Pour répondre au premier argument, la cour d'appel se fonde sur les déclarations des parties pour décider que les éléments de codes sources des logiciels intégrés aux appareils de ventilation « *participaient du secret de fabrique des appareils de ventilation* ». Elle estime en conséquence qu'un logiciel peut faire partie d'un secret de fabrique. En application de la jurisprudence précédemment étudiée[546], un secret de fabrique se définit comme un secret de fabrication marqué par son caractère secret et son intérêt pratique ou commercial. Rien dans cette définition ne semble exclure la présence d'un logiciel au sein d'un secret de fabrique. Il nous paraît dès lors, parfaitement concevable qu'un logiciel et par voie de conséquence son code source, fasse partie d'un secret de fabrication[547] au sens des articles L1227-1 du code du travail et L621-1 du CPI. Nous sommes en revanche nettement plus réservés s'agissant de la suite de l'argumentation de la cour d'appel qui poursuit : « *l'article 1227-1 du code du travail n'exigea[it] pas que soit révélé la totalité des éléments servant à la fabrication d'un produit* ». La cour d'appel reconnaît que la divulgation, objet du litige, n'a été que partielle et n'a concerné que des « fragments » des codes sources des logiciels. Il est possible de s'interroger sur la réalité de la violation du secret de fabrique si l'ensemble des éléments constitutifs de celui-ci n'a pas été révélé. Le prévenu soulignait à ce propos le caractère « incomplet » et « inexploitable » des lignes de codes sources communiquées. A notre sens, il ne peut y avoir révélation de secret de fabrique que si le secret est divulgué de façon à pouvoir être effectivement mis en œuvre, à défaut de quoi il est dénué de tout intérêt. Il nous semble en conséquence excessif de considérer qu'une divulgation incomplète puisse être suffisante pour constituer une violation de secret de fabrique.

Dans l'hypothèse d'une révélation fragmentaire, d'autres mécanismes devront être mis en jeu. En l'espèce, la contrefaçon du code source du logiciel[548] aurait pu être envisagée. S'agissant

[546] Cass Crim 30 décembre 1931, précité, Cass Crim 10 décembre 1957, précité

[547] En particulier à notre époque où les procédés de fabrication mettent en œuvre des logiciels de manière quasi systématique

[548] Article L122-6 du CPI : *« Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :*
1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ;
2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ;

de poursuites pénales, d'autres incriminations plus larges susceptibles de couvrir l'atteinte au secret peuvent être envisagées.

B/ La protection pénale élargie au secret

117. Hors les rares cas où les éléments de l'infraction de révélation de secret de fabrique sont réunis, il est possible de recourir à d'autres incriminations dont le champ d'application plus étendu peut comprendre la divulgation non autorisée de secrets d'affaires. Il s'agit essentiellement[549] de l'abus de confiance (i), du vol (ii) ainsi que les atteintes à un système de traitement automatisé de données (iii).

(i) Abus de confiance et secret

118. Abus de confiance et bien incorporel. Sous l'empire de l'ancien code pénal, l'article 408 prohibant l'abus de confiance visait expressément les seuls « *effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge* », excluant de la sorte les biens incorporels[550]. L'abus de confiance est désormais défini par l'article 314-1 du code pénal comme « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». L'élargissement de ce délit à tout « *bien quelconque* » à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal a permis à la jurisprudence pénale d'envisager la dématérialisation[551] de cette incrimination. La chambre criminelle de la Cour de cassation a

---

3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire. »

[549] Cette liste n'est pas exhaustive et n'a vocation qu'à présenter les incriminations les plus fréquemment invoquées. Il serait possible d'y ajouter d'autres incriminations qui se caractérisent par le contexte particulier dans lequel elles sont susceptibles d'intervenir. Il en va ainsi notamment l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (art. 411-6 du code pénal), voire l'atteinte au secret professionnel (art. 226-13 du code pénal) et le délit d'initié (L. 465-1 du Code monétaire et financier) cf R. Salomon, « Secret des affaires et droit pénal », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1461

[550] E. A. Caprioli, « Condamnation pour abus de confiance d'un salarié ayant détourné des données professionnelles à des fins personnelles », cce n°2 février 2015, Sécurité de l'information - Fuite d'information et protection Comm. n°17

[551] J. Lapousterle, « La protection pénale des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes », actes du Colloque du 1er avril 2016 sous dir. J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, coll. Ceipi n°66, 2018

ainsi estimé que la portée de l'infraction n'était pas limitée aux biens corporels[552] mais pouvait s'appliquer à un numéro de carte bancaire[553], au projet d'un salarié de borne informatique de gestion de station d'épuration élaboré avec les moyens mis à sa disposition par son employeur[554].

119. Abus de confiance et informations protégées. Dans une décision du 22 octobre 2014[555], la Cour de cassation retient que la cour d'appel a caractérisé tous les éléments de l'abus de confiance constitué par le détournement de fichiers informatiques contenant des informations confidentielles par un salarié ayant préalablement signé une charte pour l'utilisation des ressources informatiques et des services internet, le mettant pleinement en connaissance du caractère précaire de la remise de ces fichiers. La charte d'utilisation des systèmes informatiques présente en l'espèce un triple intérêt en ce qu'elle démontre la connaissance par le salarié du caractère précaire de la remise des fichiers, l'existence du détournement des données au regard de la finalité expressément stipulée et l'élément intentionnel de l'infraction en découlant[556]. Il ne saurait en conséquence être trop conseillé aux entreprises de se doter d'une telle charte. S'agissant précisément de l'objet de l'abus de confiance, la Cour de cassation ne considère pas les informations confidentielles en tant que telles, mais à travers leur support incorporel de fichiers informatiques[557]. Mais le mouvement de dématérialisation de l'abus de confiance va plus loin et dans un arrêt du 16 novembre 2011[558], la Cour de cassation a expressément admis que « *les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné* ». L'objet de l'abus de confiance concerne alors expressément des informations protégées[559]. Cette incrimination apparaît en

[552] Cass Crim. 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338 ; Dalloz 2001. 1423 , note B. de Lamy
[553] *Ibid.*.
[554] Cass Crim 22 septembre 2004, n° 04-80.285 (n° 5315 F-P+F), Dalloz 2005 p.411 ; T. Revet « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », (Crim. 22 sept. 2004, n° 04-80.285), RTD Civ. 2005 p.164
[555] Cass Crim 22 oct. 2014, n° 13-82.630, F-D : JurisData n° 2014-024941 : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le prévenu a, en connaissance de cause, détourné en les dupliquant,*
pour son usage personnel, au préjudice de son employeur, des fichiers informatiques contenant des informations confidentielles et mis à sa disposition pour un usage professionnel, la cour d'appel, qui
a caractérisé en tous ses éléments, tant matériel qu'intentionnel, le délit d'abus de confiance, a justifié sa décision »
[556] E.A.Caprioli « Condamnation pour abus de confiance d'un salarié ayant détourné des données professionnelles à des fins personnelles », précité
[557] A. Mendoza-Caminade, « La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise : vers l'achèvement de la dématérialisation du délit ? », Dalloz 2015 p.415
[558] Cass. Crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866 (n° 5991 F-P+B), Dalloz 2012 p.137
[559] Cela ne fait pas de doute dans la mesure où en l'espèce l'un des directeurs d'une société de services téléphoniques avait détourné sa clientèle au profit d'une société concurrente, en utilisant des renseignements dont il était dépositaire à raison de ses fonctions, indépendamment de tout détournement de support matériel

conséquence comme une source de protection pénale effective des secrets d'affaires. D'autres délits ont toutefois également été envisagés pour la protection du secret.

(ii) Vol de secrets

120. Vol d'informations. Le vol est constitué par la « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »[560]. Deux obstacles ont longtemps conduit la jurisprudence à refuser d'appliquer l'incrimination de vol à des informations en tant que telles. Considérant en premier lieu qu'un bien immatériel ne pouvait être considéré comme une chose[561], l'objet de l'infraction faisait défaut. En second lieu, la Cour de cassation estimait qu'il n'y avait pas « *soustraction* » dans la mesure où il n'y avait pas dépossession des données que le titulaire pouvait continuer à utiliser[562]. La Cour de cassation acceptait en revanche de sanctionner le vol d'informations incorporées dans des supports[563]. Les arrêts Bourquin[564] et Antoniolli[565] constituent les premiers pas vers la dématérialisation du vol : ces deux décisions évoquent ainsi la soustraction d'informations[566] tout en rappelant leur incorporation dans un support, document ou disquette. Le paroxysme de cette tendance[567] a été atteint avec l'affaire *Bluetouff*[568]. Dans cette espèce, un individu s'était introduit sur le site de de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail à la suite d'une défaillance technique. Malgré sa constatation de l'existence d'un contrôle d'accès, il se maintint dans le système et téléchargea des données, fixées par la suite sur différents supports et communiquées à des tiers. La Cour de cassation retenant que cet internaute « *s'est maintenu dans un système de traitement automatisé après avoir découvert que celui-ci était protégé et a soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire* » estime que la cour d'appel a caractérisé les délits de maintien frauduleux dans un tel système et de vol en tous leurs éléments. Il en résulte que pour la première fois, la Cour valide expressément le vol de données. Cette consécration ne s'est toutefois pas faite sans quelques contorsions. D'une

[560] Article 311-1 code pénal
[561] Cass Crim 20 octobre 2010, n° 09-88.387, cce n°3 mars 2011 comm. 30 note E. A. Caprioli
[562] *Ibid.*. également E.A.Caprioli « Condamnation pour abus de confiance d'un salarié ayant détourné des données professionnelles à des fins personnelles », précité
[563] Cass Crim 8 janvier 1979 Logabax, D. 1979 p.509 note Corlay, cité par J. Lapousterle, « La protection pénale des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes », précité
[564] Cass Crim 12 janvier 1989, n°87-82265
[565] Cass Crim 1er mars 1989, n°88-82815
[566] « *Contenu informationnel* » pour l'arrêt et « d*onnées comptables* » pour l'arrêt Antoniolli
[567] J Lapousterle, « La protection pénale des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes », précité
[568] Cass Crim 20 mai 2015 n° 14-81.336 (n° 1566 F-P+B), Dalloz 2015 p.1466

part, la Cour souligne l'utilisation des données soustraites[569], alors même que la qualification de vol, infraction simple et instantanée, est indifférente du sort de la chose volée[570]. D'autre part, le « vol » en l'espèce s'effectue par le biais de téléchargements, c'est-à-dire la duplication des données sans aucune « privation de possession ».

121. Opportunité de l'incrimination. Certains auteurs[571] se montrent favorables à la réception de vol d'informations, considérant que la dépossession se traduit dans ce cas particulier par un « *trouble de nature possessoire puisque le voleur anéantit le rapport d'exclusivité liant le titulaire de la donnée à celle-ci* »[572]. Allant au-delà de cette interprétation extensive, il est même souhaité que l'information soit englobée dans la catégorie des biens incorporels afin de « *reconnaître une protection pénale aux données représentant une valeur, alors même qu'elles ne bénéficient pas de protection par des textes spéciaux* ». Nous sommes plus que réservés sur cette proposition. Il nous semble, à l'inverse, qu'une incrimination pénale nécessite que des critères précis d'identification des biens susceptibles d'en faire l'objet, sont nécessaires. C'est d'ailleurs la difficulté rencontrée lors des tentatives d'adoption d'un délit d'espionnage économique sanctionnant la violation des secrets d'affaires[573]. Outre le dilemme rencontrés par le juge pénal devant distinguer les informations constituant des biens incorporels des autres[574], une application extensive des incriminations de vol ou d'abus de confiance à des données ne pouvant bénéficier d'une protection au titre de la propriété intellectuelle ou des secrets d'affaires aboutirait à rompre l'équilibre offert par la libre circulation des idées. Il nous paraît en conséquence préférable de n'envisager la sanction pénale de la divulgation de l'information protégée qu'à travers le prisme d'incriminations

[569] H. Matsopoulou, « Vol par téléchargement de données informatiques » (Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336), RSC 2015 p.860

[570] J Lapousterle, « La protection pénale des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes », précité

[571] J.-M. Garinot, « La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ? », AJ Pénal 2017 p.378 ; A. Mendoza-Caminade, « La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise : vers l'achèvement de la dématérialisation du délit ? », précité

[572] J.-M. Garinot, « La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ? », précité. A cet égard H. Matsopoulou fait valoir le risque de solutions absurdes « *si l'on considère que à partir du moment où le tiers prend connaissance de l'information, ledit propriétaire « en perd la maîtrise exclusive » et la qualification de vol [doit] logiquement être retenue. Mais, si l'on suit un tel raisonnement, la simple lecture d'un document ou la captation d'une conversation en se cachant dans un placard suffirait à constituer la soustraction frauduleuse » cf H. Matsopoulou « Vol par téléchargement de données informatiques* », précité

[573] Voir *supra* n°109

[574] Cass Crim 16 novembre 2011, n° 10-87.866, Gaz. Pal. 14 janvier 2012, p.40, note E. Dreyer

spécifiques[575]. A cet égard, les atteintes à système de traitement automatisé de données proposent un cadre dans lequel la violation du secret peut être envisagée.

(iii) Atteinte à un système de traitement automatisé de données confidentielles

122. La consécration de l'extraction de données. La loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme[576] a modifié l'article 323-3 du code pénal qui réprime désormais le fait « *d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre* » frauduleusement les données contenues dans tout type de système de traitement automatisé. Si l'inspiration du vol d'informations apparaît nettement[577], le législateur a fait le choix de ne pas l'assimiler au vol de biens corporels[578] en laissant intacte l'incrimination de vol et en ciblant son intervention sur l'article 323-3 du code pénal concernant l'extraction de données informatiques. Il est intéressant de noter à cet égard que les peines prévues pour l'extraction illicites de données[579] sont plus lourdes que celles punissant le vol « classique »[580].

Le délit d'extraction est accompagné des incriminations d'accès et de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données par l'article 323-1 du code pénal et celle sanctionnant le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement dudit système par l'article 323-2 du code pénal. Il en résulte une protection pénale élargie des systèmes automatisés et des données qu'ils contiennent. Les informations protégées de l'entreprise étant aujourd'hui majoritairement stockées dans de tels systèmes, leur protection pénale s'en trouve renforcée, malgré l'absence d'incrimination spécifique au secret d'affaire. Il nous semble même qu'un tel délit d'espionnage économique n'apporterait pas de protection plus efficace, compte tenu de la difficulté de qualification des secrets d'affaires, objet de l'incrimination. S'il n'est pas contestable que la protection pénale actuelle des secrets d'affaires est morcelée, elle paraît

[575] A cet égard, l'arrêt du 20 mai 2015 doit être mis en perspective avec l'article 323-3 du Code pénal sanctionnant le fait « d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre » frauduleusement les données contenues dans tout type de système d'information. Si les faits correspondaient à cette incrimination, il n'était pas possible d'y avoir recours car ce texte n'était pas encore en vigueur au moment des faits cf E. A. Caprioli, « Condamnation pour maintien dans le STAD et vol de fichiers informatiques », cce septembre 2015, Sécurité de l'information - sécurité des systèmes d'information, Comm. n°74

[576] Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, JORF n°0263 du 14 novembre 2014 p. 19162

[577] J Lapousterle, « La protection pénale des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes », précité

[578] Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2110), renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 22 juillet 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2173.asp

[579] Cinq ans d'emprisonnement et une amende d'un montant initial de 75 000 euros, porté à 150 000 euros par la loi n°2015-912 du 24 juillet 2015

[580] Article 311-3 du code pénal : « *le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* »

couvrir l'ensemble des cas d'intelligence économique, allant du détournement d'informations remises à l'extraction de données *via* des cyberattaques.

En tout état de cause, en dépit de quelques affaires retentissantes[581], la responsabilité pénale de l'auteur d'une divulgation non autorisée de secrets d'affaires est en pratique rarement recherchée. L'efficacité d'une telle action fait débat[582] et une action civile sera souvent préférée, d'une part car le premier objectif d'une telle démarche est indemnitaire et d'autre part, parce qu'une action pénale « *envoie un signal négatif à l'ensemble des professionnels qui exercent sur le marché* »[583]. Il importe alors d'examiner les conditions dans lesquelles peut être recherchée une sanction civile de l'atteinte au secret d'affaires.

§2. Le secret protégé *via* la responsabilité extracontractuelle

123. Hors du contrat, la violation des secrets d'affaires est susceptible d'être sanctionnée par la mise en œuvre « classique » de la responsabilité civile (**A**). A ce mode de protection s'ajoutent désormais les dispositions spécifiques de la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 (**B**).

A/ Le secret protégé *via* la mise en œuvre de la responsabilité civile

124. Secret et comportement déloyal. En l'absence de droit exclusif, la position de secret est assez précaire[584] en ce que sa protection ne passe que par des moyens de « pur fait »[585]. Le dommage subi du fait de la divulgation non autorisée du secret crée une situation juridique qui justifie l'intervention du droit pour faire cesser ce trouble[586]. Le secret ne fait ainsi pas l'objet d'une protection directe, mais bénéficie d'une protection indirecte *via* la sanction de la faute

[581] telles que l'affaire Valéo cf Trib corr. Versailles 18 décembre 2007 n° 0511965021, L. c/ Valéo – E.A. Caprioli « Sécurité des systèmes d'information et stagiaire chinoise », CCE avril 2008 n°4, comm.62 et l'affaire Michelin cf TGI Clermont-Ferrand, ch. corr., 26 sept. 2011 – E.A.Caprioli « Condamnation pour vol et abus de confiance d'une ex-salariée ayant transféré des fichiers sur une clé USB », CCE mars 2012, n°3, comm n°36),

[582] J.Azéma, « La protection du secret d'affaires dans la perspective de la proposition de directive européenne », Prop. Ind. n°7-8 juillet 2014, Etude n°17, y voyant deux avantages dans l'effet dissuasif et l'assistance dans la fourniture de la preuve mais notant la perte de contrôle et la lenteur de la procédure

[583] L.Leblond, « L'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », Les Petites Affiches, 31 juillet 2015, n°152 p.9

[584] A.Gallochat, L'industrie face au secret », in « La propriété industrielle et le secret, Journée d'étude de la faculté de droit de Lyon, 4 avril 1995 » éd. Litec, Coll Ceipi n°40, 1996, p.51

[585] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, février 2009, n°24, également J-M Mousseron, « Traité des brevets, précité n°24

[586] J. Schmidt-Szalewski, Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, précité

« *commise par ceux qui ont trahi le secret ou qui y ont eu accès par des moyens déloyaux* »[587]. Cette logique de responsabilité se fonde sur « *l'éthique dans la vie des affaires* »[588].

125. Triple démonstration. La sanction civile du comportement indélicat sur le fondement de l'article du 1240 code civil[589] est soumise à une triple démonstration : preuve d'un agissement constitutif d'une faute, preuve d'un préjudice et enfin preuve d'un lien de causalité entre ces deux éléments. Outre la question du maintien du secret lors de cette procédure[590], les difficultés probatoires de l'action en limitent l'usage et la portée[591]. Il est en effet nécessaire de rapporter la preuve du caractère déloyal de la divulgation et de démontrer que le défendeur en est bien l'auteur. Il est en outre indispensable de quantifier le préjudice, ce qui peut s'avérer délicat[592].

Le détournement des secrets d'affaires d'une entreprise se produit essentiellement dans deux hypothèses : soit directement par l'usage d'informations confidentielles obtenues lors de pourparlers précontractuels ou d'une coopération sans qu'un accord de confidentialité ait été conclu[593], soit indirectement par l'intermédiaire du débauchage d'un salarié qui communiquera à son nouvel employeur les secrets d'affaires résultant de son ancienne activité[594]. A cet égard, il peut être délicat de distinguer le savoir propre de l'ex-salarié tenant

---

[587] F. Pollaud-Dulian, « Propriété intellectuelle – La propriété industrielle », éd. Economica, 2011, n° 854, p.447

[588] S.Raimond, « Des justifications et conséquences de l'absence de droit de propriété intellectuelle sur les informations secrètes », Les Petites Affiches, 31 juillet 2015, n°152 p.15 : « *il s'agit en réalité, non pas de récompenser le détenteur du secret, mais de punir celui qui l'a brisé, celui qui a obtenu, divulgué ou utilisé le secret de manière déloyale ou malhonnête* »

[589] du code civil pour les contrats conclus à compter du 1er octobre 2016 cf Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; ancien article 1382 du code civil

[590] L.Leblond, « L'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », précité : « *de nombreuses entreprises renoncent aujourd'hui à agir en justice pour ne pas devoir révéler davantage leurs secrets d'affaires devant le juge* ».

[591] *Ibid.*.

[592] D.Martin, « Le secret d'affaires, notion en devenir », Les Petites Affiches, 31 juillet 2015, n°152 p.4, voir également D.Poracchia, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », Revue Droit et Patrimoine, septembre 2000, n°85, Pratique – affaires p.20

[593] A.Millerand, « Le détournement des informations de l'entreprise », JcpE n° 48, 27 Novembre 2014, 1607 : « *l'accès à l'information peut être direct, notamment dans le cadre de négociations entre des entreprises ou d'une coopération industrielle impliquant un partage d'informations. (...) En l'absence de stipulation contractuelle spécifique, la doctrine souligne que « constitue un acte de concurrence déloyale l'exploitation de connaissances techniques apprises lors de pourparlers précontractuels ayant échoué ». Cette solution, qui a été consacrée par la jurisprudence, suppose néanmoins que les renseignements confidentiels aient été utilisés à des fins déloyales, ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond* ».

[594] *Ibid.*. : « *l'accès par le tiers à l'information peut être indirect, comme c'est le cas en présence du débauchage d'un salarié. Dans ce cas, la jurisprudence sanctionne de manière constante le débauchage lorsque celui-ci est décidé dans le but d'obtenir des informations appartenant à l'ancien employeur ou lorsqu'il conduit à affecter le salarié à des opérations qu'il ne peut réaliser qu'à l'aide de renseignements pris dans les archives de son ancien employeur* ». Voir à titre d'exemple Cass Com 26 juin 2012, n° 11-20629 inédit, cité par B.Galopin, « Du

à son expérience individuelle, des connaissances couvertes par des secrets d'affaires acquises dans l'exercice de ses fonctions.

126. Réparation. Quelles que soient la gravité du préjudice subi et les conditions de la faute, la logique indemnitaire de l'action en responsabilité civile commande que la procédure se résolve en dommages et intérêts. Ceux-ci doivent couvrir « tout le préjudice, rien que le préjudice ». Ce principe de la réparation intégrale peut sembler insuffisant au regard d'une faute lucrative[595] qui se définit comme : « *toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui* »[596]. C'est pourquoi le projet de réforme de la responsabilité envisage d'introduire la sanction de la faute lucrative par le biais d'une amende civile[597]. S'agissant spécifiquement de la sanction de la faute lucrative constituée par l'obtention ou l'utilisation illicite des secrets d'affaires, la directive n°2016/943 prévoit des sanctions proches de celles prévues en cas de violation d'un droit de la propriété intellectuelle.

B/ Le secret protégé *via* une législation *ad hoc*

127. Opportunité d'un régime *ad hoc*. L'adoption de la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur les secrets d'affaires est présentée comme une réponse au besoin des entreprises européennes de bénéficier d'une protection accrue pour les secrets d'affaires qui constituent « *la monnaie de l'économie de la connaissance et qui confèrent un avantage*

---

nouveau pour le secret d'affaires - Droit de l'information », Documentaliste-Science s de l'information, Vol 51, n°1, 2014, p.21

[595] L.Leblond, « L'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », Les Petites Affiches, 31 juillet 2015, n°152 p.9

[596] N. Fournier de Crouy, « La faute lucrative », thèse sous la direction de M. Behar-Touchais, soutenue le 22 septembre 2015, Université Paris Descartes, n°223 p.211

[597] Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016
Sous-section 5. L'amende civile, Article 1266-1 : « *En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.*
Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.
L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.
Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.
Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.
Elle n'est pas assurable. » ; voir A. Garraud, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », LPA n°11, 16 janvier 2017, p.5 ; N. Fournier De Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », LPA n°223 8 novembre 2017, p.5

concurrentiel »[598]. Les entreprises ayant recours au secret pour protéger leur savoir-faire et données commerciales[599] useraient de la confidentialité comme d'un « *outil de compétitivité et de gestion de l'innovation* »[600]. Ce constat serait particulièrement prégnant concernant les petites et moyennes entreprises[601].

Il faut à notre sens nuancer ces motivations. L'intérêt essentiel de la directive nous semble de proposer une définition et un régime unique des secrets d'affaires pour l'ensemble des Etats-membres et de résoudre une difficulté tenant à la disparité des législations en ce domaine. Si l'on observe la situation en droit français, il serait erroné de considérer que les secrets d'affaires sont dénués de protection[602]. Comme déjà évoqué, ils sont susceptibles de bénéficier d'une protection *via* la responsabilité pénale[603] ainsi que par la responsabilité civile[604], qui sanctionnent le détournement et l'utilisation non autorisée des secrets d'affaires et préservent ainsi la compétitivité de leurs détenteurs. L'urgente nécessité de légiférer sur ce sujet en droit français n'était donc pas flagrante. Il faut toutefois se garder d'une vision conservatrice et franco-française. L'harmonisation proposée par la directive permet une double intégration : d'une part en droit français en unifiant les définitions et composantes des secrets d'affaires[605] dont nous avons vu combien elles étaient éparpillées, et d'autre part, au niveau européen, en suscitant une sécurité juridique accrue par des règles harmonisées. Les premières bénéficiaires ne nous semblent dès lors pas tant les petites et moyennes entreprises que celles opérant sur le territoire de plusieurs Etats-membres[606].

128. Régime *ad hoc* et libertés économiques. La directive érigeant un mode unifié de protection des secrets d'affaires, elle prend soin d'en préciser l'articulation avec les droits fondamentaux et les libertés économiques. A cet égard, le considérant 34 expose que la directive respecte « *la liberté professionnelle et le droit de travailler* » mais également « *la liberté d'entreprise, le droit de propriété* ». Il en résulte que la directive affirme expressément ne pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre, prise en ses composantes de liberté d'accéder

[598] Directive (ue) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Considérant 1)
[599] Telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires et les études et stratégies de marché cf directive n°2016/943 Considérant 2)
[600] *Ibid.*.
[601] *Ibid.*.
[602] Ch. Le Stanc, « Chut ! », Pro. Ind. n° 6, Juin 2016, repère 6
[603] Voir *supra* n°109 et suivants
[604] Voir *supra* n°124 et suivants
[605] J.-Ch. Galloux, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaire », RTD Com. 2017 p.59
[606] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Considérant 4)

à une profession ou à une activité économique et de liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité[607]. Par ailleurs, le considérant 38 indique que la directive « *ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application des règles de droit de la concurrence* » et que les mesures prévues *« ne devraient pas être utilisées pour restreindre indument la concurrence* ». La directive se veut donc également exempte de toute atteinte à la libre concurrence. Le respect conjoint de la liberté d'entreprendre et de la libre concurrence se traduit concrètement par la possibilité pour les tiers d'acquérir, utiliser ou divulguer licitement les secrets d'affaires. La directive en propose des exemples dans une liste non limitative[608]. En conséquence, la protection des secrets d'affaires édictée par la directive ne doit pas être de nature à limiter la capacité des opérateurs à développer leur activité *via* des innovations techniques ou des informations stratégiques et à se faire une concurrence loyale par ce biais. En revanche, les comportements illicites sont sanctionnés.

129. La sanction d'un comportement illicite. Après avoir défini les secrets d'affaires[609] et les comportements licites[610], la directive énumère les circonstances dans lesquelles l'acquisition, l'utilisation ou la divulgation desdits secret est illicite. L'objet de la directive apparaît alors nettement : il s'agit de protéger les secrets d'affaires « *contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* ». En d'autres termes, la protection des secrets d'affaires ne vise pas le secret en tant que tel, mais les comportements de tiers de nature à appréhender de manière illicite ce secret : « *il s'agit alors d'une protection, non plus réelle ou attachée à la chose, mais délictuelle, contre certains actes de tiers* »[611]. Trois indices viennent corroborer

---

[607] Voir *supra* n°13

[608] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 3 : « *Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires*
1.L'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme licite lorsque le secret d'affaires est obtenu par l'un ou l'autre des moyens suivants:
a) une découverte ou une création indépendante;
b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales;
d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.
2.L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union ou le droit national. »

[609] *Ibid.*

[610] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 3, précité

[611] J. Passa, « Secret des affaires et propriété intellectuelle », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européenne », actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, précité ; voir également P.Berlioz, « Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée », RDC n°1, 2015 – 31 mars 2015, p.124

cette interprétation. D'abord, la directive, suivie par la loi de transposition, utilisent le vocable de « détenteur », et non de titulaire ou de propriétaire, pour désigner la personne qui exerce un contrôle licite sur le secret d'affaires, confirmant ainsi « *la nature non privative des secrets d'affaires* »[612]. La transposition de la directive se traduit ensuite par l'insertion de nouveaux articles dans le code de commerce et non dans le code de la propriété intellectuelle[613]. Elle rejoint enfin, en cela, la lettre de la directive qui affirme dans son seizième considérant, en employant un conditionnel surprenant[614], que « *les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires* ». La loi de transposition en tire les conséquences dans l'article L.152-1 du code de commerce[615] disposant : « *Toute atteinte au secret des affaires telle que prévue aux articles L. 151-4 à L. 151-6 engage la responsabilité civile de son auteur.* ».

130. Il importe en conséquence de définir les pratiques non autorisées, susceptibles de sanction en application des dispositions de la directive[616]. Celles-ci sont désignées par l'article 4 de la directive[617] repris par les articles L.151-4, L.151-5 et L.151-6 du code de commerce[618]

---

[612] J.-Ch. Galloux, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaire », RTD Com. 2017 p.59 ; E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », RTD Eur. 2017 p.868

[613] J. Passa, « Secret des affaires et propriété intellectuelle », précité, concernant les propositions de lois antérieures sur le secret d'affaires, mais dont le constat est identique s'agissant de la proposition de loi de transposition de la directive n°2016/943

[614] Une telle indication ne devant pas laisser place au doute, elle devrait être exprimé à l'indicatif cf E. Treppoz, « Secret d'affaires - De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ? », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2018, dossier 7

[615] X. Delpech, « Une proposition de loi visant à transposer la directive « secret des affaires », AJ Contrat 2018, p.100

[616] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Considérant 15) : « *Il est également important de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale du secret d'affaires se justifie. Pour cette raison, il est nécessaire de déterminer quels comportements et pratiques doivent être réputés constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires*. »

[617] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Article 4 Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires

2.L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais:

a) d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique ou d'une appropriation ou copie non autorisée de ces éléments, que le détenteur du secret d'affaires contrôle de façon licite et qui contiennent ledit secret d'affaires ou dont ledit secret d'affaires peut être déduit;

b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

3.L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes:

a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite;

b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;

c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires.

la transposant en droit interne. La liste proposée n'est en aucun cas limitative et elle donne des indications précieuses pour la caractérisation de tout « *comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale* »[619] et constitutif en conséquence d'une obtention illicite de secret d'affaires. Deux éléments ressortent de ces dispositions : l'absence de consentement du détenteur du secret d'affaires et la connaissance du tiers du caractère confidentiel de l'information protégée et de son obtention ou utilisation illicite. L'absence de consentement est l'élément nécessaire permettant de caractériser l'acquisition et l'usage illicites du secret d'affaires. Il n'est toutefois pas suffisant et doit s'accompagner de manœuvres déloyales, telles qu'un accès non autorisé à des documents contenant les informations protégées. La condition de connaissance du caractère illicite intervient lorsque le secret d'affaires est exploité soit directement[620], soit par le biais de biens le mettant en œuvre[621] par une personne qui a obtenu le secret d'affaires

---

4.L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 3.

5.La production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de biens en infraction sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 3. »

[618] Article L. 151-4 du code de commerce : « *L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte :*

« 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ;

« 2° De tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale. »

Article L.151-5 du code de commerce : « *L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation.*

« La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article. »

Article L.151-6 du code de commerce : « *L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5.* »

[619] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 4. 2) b/ ; voir également l'article L 151-4 2° du code de commerce suivant: « *tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale*. » Ces agissements peuvent *a minima* concerner les hypothèses relevées par les accords ADPIC : « *des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant* » cf article 39 ADPIC sur la protection des renseignements non divulgués, note n°10

[620] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 4. 4)

[621] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 4. 5)

d'un tiers, et non de son détenteur originel[622]. La directive et la loi de transposition[623] font de la connaissance du caractère illicite du secret, une condition de sanction de son usage. Une telle exigence s'explique par la volonté de sanctionner un comportement déloyal et non la simple connaissance du secret.

131. Au regard de ce qui précède apparaît une extension discutable de la protection du secret à une hypothèse particulière. Elle n'est pas listée dans l'article 4 énumérant les agissements illicites mais prévue dans l'article 13. 3)[624] de la directive[625] concernant les conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution. Dans ce cas, la juridiction saisie peut ordonner, à la demande d'une personne passible des mesures prévues à l'article 12, c'est-à-dire les mesures correctives résultant d'une décision judiciaire quant au fond, le versement d'une compensation financière au détenteur originel du secret en lieu et place des mesures correctives ou injonctions envisagées, dans le cas où la personne incriminée ne savait pas, ni n'aurait dû savoir, lors de son utilisation, que le secret d'affaires avait été obtenu de façon illicite. En d'autres termes, cet article aboutit à sanctionner l'utilisateur d'un secret d'affaires qui ignorait à la date de son usage qu'il était illicite[626], alors même que l'article 4 de la directive requiert expressément que la personne qui use d'un secret d'affaires connaisse son origine déloyale. Outre cette contradiction, il nous semble alors que ce n'est plus le comportement qui est sanctionné mais la détention non autorisé du secret d'affaires. Dans ces circonstances, la protection du secret d'affaire aboutit à l'émergence d'un nouveau droit de propriété intellectuelle.

---

[622] Qualifiée de « contrevenant indirect » par E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », précité

[623] Articles L 151-5 et L 151-6 du code de commerce

[624] « 3.*Les États membres prévoient que, à la demande de la personne passible des mesures prévues à l'article 12, les autorités judiciaires compétentes peuvent ordonner le versement d'une compensation financière à la partie lésée en lieu et place de l'application desdites mesures si l'ensemble des conditions suivantes sont remplies:*

a) la personne concernée au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ne savait pas ni, eu égard aux circonstances, n'aurait dû savoir que le secret d'affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite;

b) l'exécution des mesures en question causerait à cette personne un dommage disproportionné; et

c) le versement d'une compensation financière à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Lorsqu'une compensation financière est ordonnée en lieu et place des mesures visées à l'article 12, paragraphe 1, points a) et b), cette compensation financière ne dépasse pas le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si la personne concernée avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être interdite. »

[625] Transposée par l'article L. 152-5 du code de commerce

[626] Il rejoint en cela une décision du TGI de Montpellier du 17 septembre 2015, RG n° 13/05047, n° jurisdata 2015-025285 qui impose dans un jugement ordonnant une expertise avant dire droit, l'arrêt de l'utilisation du savoir-faire, non objet d'un droit privatif, et la résiliation des contrats conclus avec des tiers, dont la preuve de la faute dans l'acquisition du savoir-faire n'est pas démontrée cf Ch.Le Stanc, « Secrets d'affaires », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2015, repère 11

132. L'émergence d'un nouveau droit de propriété intellectuelle. Sur le plan des principes et de la qualification, la protection du secret d'affaires se revendique distincte d'un droit de la propriété intellectuelle[627]. Dès que son régime est abordé, elle reproduit les mécanismes mis en œuvre par la directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Il est à cet égard intéressant de noter que la directive n°2016/943 sur les secrets d'affaires précise expressément dans son considérant 39 qu'elle ne « *devrait pas avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines, y compris les droits de propriété intellectuelle et le droit des contrats* ». L'usage de savoir-faire étant fortement lié à l'emploi de droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets ou les marques[628], il paraît illusoire de vouloir séparer l'application de ces deux régimes. La directive édicte en conséquence une règle de répartition entre les législations relatives aux droits de propriété intellectuelle et aux secrets d'affaires, faisant prévaloir la seconde sur la première comme *lex specialis*[629]. Une telle position contredit la place subsidiaire naturelle que l'on serait tenté d'octroyer à la protection « comportementale » des secrets d'affaires par rapports aux droit de propriété intellectuelle[630]. Il est toutefois possible de comprendre ce choix de manière pragmatique prenant en considération l'exigence de confidentialité propre à la mise en œuvre de la protection du secret et absente de l'application de droits de propriété intellectuelle. La reprise par la directive n°2016/943 sur les secrets d'affaires de nombreuses dispositions identiques à celles de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle aboutit, en tout état de cause, à une identité de régime, dont on peut s'interroger s'il ne va pas conduire à « *reconnaître l'inclusion de ces questions au sein de la propriété intellectuelle* » [631]. Le refus de considérer le secret d'affaires comme un droit de propriété intellectuelle ne serait alors que provisoire. En dépit de cette probabilité[632], il ne nous semble que pas qu'une telle dérive soit souhaitable. Les droits de propriété intellectuelle se présentent comme un monopole temporaire concédé en échange de

[627] Voir *supra* n°129
[628] Dans le cas d'une franchise notamment
[629] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Considérant 39
[630] J.-Ch. Galloux, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaire », précité
[631] E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », précité
[632] que certains auteurs estiment déjà réalisée cf R. Milchior et V. Fourgoux, « Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.391 ; ou que d'autre ne trouverait pas surprenante cf J-Ch.Galloux, « Cumuls, concours et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », in Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, éd. LexisNexis, Coll Ceipi n°61, 2014, p.219 : « *Les renseignements non divulgués [article 39 ADPIC], lorsqu'ils sont réglementés, deviennent eux-mêmes une véritable catégorie de la propriété intellectuelle (...) Une telle évolution ne saurait surprendre sauf à oublier que le secret représente le creuset dont sont issus la plupart des droits de propriété intellectuelle* ».

la divulgation de l'information protégé qu'ils contiennent[633], ce qui contredit expressément la logique du secret, par nature confidentiel et dont la durée peut être éternelle. Assimiler ces notions comme le fait la directive en adoptant un régime identique ne permet pas de prendre en compte les spécificités du secret d'affaires.

133. Un régime inadapté au secret d'affaires. La forme de protection « hybride »[634] choisie par la directive conduit à adopter des mesures dans l'objectif de protéger les secrets d'affaires qui se révèlent pour partie inadéquates. Certaines sont susceptibles d'être prononcées à titre provisoire[635] et à titre définitif. Il en va ainsi de « *la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires* »[636], de « *l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins* »[637] et du rappel des biens en infraction[638]. Deux difficultés émergent dans l'application de ces mesures. La première concerne l'interdiction d'utilisation du secret d'affaires. En effet, les secrets d'affaires sont constitués d'informations protégées et interdire l'usage du secret revient à requérir d'ignorer une connaissance acquise, ce qui n'est pas chose aisée. Cette exigence peut théoriquement s'appliquer mais elle pose la question de sa vérification pratique : comment être certain qu'un secret, par essence confidentiel, n'est pas exploité ? Si le secret d'affaires, alors savoir-faire, est incorporé dans des produits, il est envisageable de vérifier la teneur de ceux-ci afin de s'assurer qu'ils ne mettent pas en œuvre le secret. L'un des moyens de défense pourrait en outre être le développement parallèle d'un savoir-faire comparable. Mais si le secret d'affaires consiste dans des informations commerciales, il n'y aura aucun moyen de s'assurer qu'il n'est pas utilisé, les choix stratégiques d'une entreprise étant liés à de multiples facteurs et ne pouvant être réduits à la prétendue connaissance des secrets d'affaires d'un concurrent.

---

[633] A l'exception du droit d'auteur qui existe dès la création de l'œuvre mais qui prend toute sa dimension une fois divulgué

[634] J.-Ch. Galloux, « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaire », précité ; certains auteur parle même de « droit voisin » cf B. Warusfel, « Les enjeux juridiques et politiques de la protection des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européenne », actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, précité et O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires à l'épreuve de la procédure judiciaire », Dalloz IP/IT 2017 p.543

[635] Susceptibles d'être sollicitées en référé, voire sur requête bien que la loi de transposition ne le précise pas cf N. Lenoir, « La protection des secrets d'affaires, un droit fondamental du marché intérieur consacré par la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 »,

[636] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, articles 10. 1) a/ pour les mesures provisoires et 12.1) a/ pour les mesures définitives

[637] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, articles 10. 1) b/ pour les mesures provisoires et 12.1) b/ pour les mesures définitives

[638] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, articles 10. 1) c/ pour les mesures provisoires et 12.1) c/ et 12.2) a/ pour les mesures définitives

134. La seconde difficulté concerne la saisie ou le rappel des biens soupçonnés d'être « en infraction ». Elle se retrouve également concernant la mesure corrective définitive prévoyant la possibilité de destruction des biens « en infraction »[639]. Ces mécanismes portent directement atteinte au droit de propriété du propriétaire desdits biens, au motif d'une atteinte au secret d'affaires qui ne fait pas l'objet d'un droit privatif. En d'autres termes, ces sanctions font prévaloir sur le droit de propriété, dont la directive prévoit expressément le respect au titre des droits fondamentaux[640], le secret d'affaires dont l'existence n'est que la résultante du comportement de son détenteur. Une telle hiérarchie ne laisse pas de surprendre. Si l'on comprend aisément le caractère essentiel des mesures provisoires dans le cadre d'une atteinte au secret d'affaires[641] ainsi que la volonté de mettre un terme définitif à l'atteinte au secret par la destruction des biens, il nous semble que ces mesures excèdent le champ d'application du secret et lui confère une portée équivalente à celle d'un droit de propriété intellectuelle, alors même que cette nature lui est déniée.

135. Le calcul des dommages et intérêts en cas d'atteinte au secret d'affaires est également source de préoccupation. Calqué sur celui de la directive 2004/48 relative aux droits de propriété intellectuelle[642], il retient la prise en compte de « *tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral* »[643]. Ces critères déjà difficiles à quantifier dans le cas d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, ne le seront pas moins à l'occasion d'une divulgation non autorisée du secret d'affaires. Toutefois, la difficulté majeure tient à l'alternative proposée consistant à évaluer le montant des dommages et intérêt en une somme forfaitaire correspondant au montant de la redevance due si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires[644]. Autant ce mode de calcul paraît envisageable dans le cas d'un secret d'affaire composé d'un savoir-faire dont la divulgation est effectivement susceptible de faire l'objet d'un contrat de communication comportant le versement de redevances, autant il nous paraît difficile de

[639] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 12.2) b/
[640] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Considérant 34
[641] E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », précité : « *La protection ici repose sur la nature secrète de l'information. Une fois le secret éventé, la protection cessera à jamais. Il est donc fondamental d'agir en amont pour éviter précisément cette divulgation du secret et assurer la pérennité de la protection conférée*. »
[642] Article 13
[643] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 14.2) §1
[644] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 14.2) §2

l'appliquer dans le cas où le secret d'affaires vise des informations commerciales, stratégiques ou même techniques mais concernant des pistes sans issues[645] que le détenteur ne souhaitera en aucun cas transmettre, indépendamment de toute contrepartie pécuniaire. Dans ce cas, le calcul d'une somme forfaitaire équivalente à une éventuelle redevance est illusoire et seule la première option de décompte des dommages et intérêts pourra être utilisée.

Les mesures correctives à titre définitif ainsi que les modalités de calcul des dommages et intérêts étant intégrées dans le code de commerce par la loi de transposition[646], ces réflexions irriguent également le droit interne et il conviendra d'observer attentivement la manière dont la jurisprudence appliquera ces dispositions. S'agissant des mesures provisoires, elles ne sont pas prévues par la loi de transposition qui renvoie la détermination de leurs modalités à un décret ultérieur en Conseil d'Etat. Cela n'est pas sans poser question s'agissant des garde-fous qui ne sont alors pas prévus par la loi.

136. Garde-fous[647]. Compte tenu de l'impact de la protection du secret d'affaires sur les droits des tiers, il importe que son usage soit encadré pour éviter toute dérive. La directive se veut un texte d'équilibre[648] et met en avant divers mécanismes pour s'en assurer. En premier lieu, la directive place ses dispositions sous l'égide du principe de proportionnalité[649] qui se traduit par la volonté d'ajuster les mesures, procédures et réparations prévues à l'objectif visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur de la recherche et de l'innovation[650]. Pratiquement, l'exigence de proportionnalité est requise dans les mesures correctives choisies[651], l'évaluation des dommages et intérêts, la définition même du secret d'affaires par la mise en œuvre de « *dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances,*

[645] J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », Dalloz IP/IT 2016 p.493
[646] Articles L.152-3 (mesures correctives) et L.152-6 (dommages et intérêts) du code de commerce
[647] L. Idot, « Protection des savoir-faire et secrets d'affaires », Europe n° 8-9, Août 2016, comm. 303
[648] C. Le Grip, « La quête d'une protection efficace et respectueuse des droits fondamentaux : l'équilibre retenu par le législateur européen », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européenne », actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, précité
[649] E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - Le secret d'affaire dans l'anti-chambre de la protection intellectuelle », précité ; X. Delpech, « Adoption de la directive sur la protection des secrets d'affaires », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.216
[650] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Considérant 21 et article 7.1) ; voir également S. Schiller, « Secret des affaires : la directive est publiée », JcpG n° 26, 27 Juin 2016, 746 : « Selon une logique très bruxelloise, l'application de ces mesures doit être proportionnée aux *caractéristiques des secrets et à tous les intérêts en présence que ce soient ceux des tiers, du public, la sauvegarde des droits fondamentaux etc*. »
[651] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, Considérant 28 prévoyant que « *eu égard au principe de proportionnalité, les mesures correctives ne devraient pas forcément impliquer la destruction des biens s'il existe d'autres alternatives acceptables* »

destinées à les garder secrètes »[652]. L'exigence de proportionnalité est également à l'origine de la mention des dérogations à la protection des secrets d'affaires de nature à préserver les intérêts des journalistes, lanceurs d'alerte et syndicats ou tout autre intérêt légitime reconnu par le droit[653].

Outre ce principe général, la directive exige de manière très concrète que le secret d'affaires soit préservé durant toute la procédure. Cela signifie qu'il doit conserver ses caractères pour que son atteinte puisse faire l'objet de mesures provisoires puis correctives[654]. L'article 11.1) de la directive prévoit ainsi que le prononcé de mesures provisoires est soumis à la démonstration qu'un secret d'affaires existe, que le demandeur est le détenteur du secret d'affaires qui a été obtenu ou utilisé illicitement ou est sur le point d'être utilisé ou divulgué de façon illicite. A cette preuve s'ajoute l'exigence d'engagement d'une procédure au fond dans un délai raisonnable[655]. Par ailleurs, les articles 10.3) et 13.2) veillent à ce que les mesures provisoires ou définitives soient révoquées si l'information litigieuse ne peut plus être qualifiée de secret d'affaires au sens de l'article 2.1). A l'exception de la personne à l'origine de la demande de révocation qui doit être le défendeur, ni la directive ni la loi de transposition ne précisent plus avant les modalités de cette démarche, y compris lorsqu'elle porte sur des mesures définitives[656]. Dans ces conditions, il est à craindre que ce garde-fou reste théorique.

137. La directive[657] pose enfin le principe qu'une demande ayant pour objet la protection du secret d'affaires qui s'avérerait manifestement non fondée, et aurait été engagée « *abusivement ou de mauvaise foi* », puisse faire l'objet par les juridictions nationales de l'octroi de dommages et intérêts au défendeur, d'une sanction *ad hoc*, ou de la publication de la décision. La loi de transposition[658] a choisi à cette fin de prévoir dans l'article L.152-8 du code de commerce la création d'une amende civile condamnant toute personne agissant de manière dilatoire ou abusive sur le fondement des dispositions protégeant le secret d'affaires.

[652] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 2.1) c/
[653] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 5
[654] Il est à cet égard problématique que la loi de transposition ne reprenne cette exigence que pour les mesures définitives (article L.152.3 du code de commerce), le sort des mesures provisoires étant laissé à un décret en Conseil d'Etat (article L.152-4 du code de commerce)
[655] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 10.3)
[656] Autant la rétractation des mesures provisoires nous semblent pouvoir être faites soit à l'issue d'une nouvelle procédure en référé, soit au cours de l'instance au fond, autant il nous semble qu'une fois une décision définitive rendue, la rétraction ne puisse s'envisager qu'à l'issue d'une nouvelle procédure au fond.
[657] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 7.2)
[658] Proposition initialement présente dans le texte adopté par l'Assemblée nationale, écartée par le Sénat puis réintroduit par la Commission mixte paritaire

Le prononcé d'une telle amende n'est pas exclusif de l'octroi de dommages et intérêts au défendeur à la procédure abusive. Le Sénat avait écarté cette mesure considérée comme une restriction d'ester en justice[659]. Elle a ensuite été réintroduite par la Commission mixte paritaire, estimant qu'il ne pouvait être fait abstraction du risque de « procédure bâillon »[660]. Le quantum de l'amende prévue[661] a été discuté au regard de montants estimés par certains comme exorbitants[662]. Il convient de rappeler à cet égard qu'il s'agit de *maxima* qu'il ne faudra pas dépasser et que le caractère dissuasif d'une telle amende dépend pour beaucoup de son montant., il est à souhaiter, en tous les cas, qu'une telle menace dissuade les velléités de procédures injustifiées. Celles-ci pourraient, paradoxalement, avoir pour objectif d'obtenir les secrets d'affaires d'un concurrent : une action en justice peut en effet s'avérer un moyen efficace d'obtenir la divulgation de secrets d'affaires[663]. L'exigence de respect de la confidentialité dans les procédures prend alors tout son sens.

Section III – Le secret préservé dans les procédures

138. Secret dans les procédures et liberté d'entreprendre. La préservation du secret dans les procédures va de pair avec la sauvegarde de la liberté d'entreprendre des parties. Le contentieux peut en effet devenir « *une menace, lorsqu'il est utilisé à des fins détournées par un concurrent (…) aux seules fins d'obtenir de l'entreprise attaquée des informations stratégiques sur ses procédés industriels ou sa politique commerciale, au nom du libre accès des parties aux pièces du dossier* »[664]. Dans une telle hypothèse, l'engagement de l'action n'a d'autre but que d'obtenir les informations protégées d'un concurrent, portant ainsi atteinte à sa liberté d'action. Le droit d'ester en justice est alors détourné au préjudice de la liberté d'entreprendre du détenteur du secret d'affaires.

---

[659] O. de Maison Rouge, « Secret des affaires : le nouveau cadre juridique de l'information économique protégée », Hebdo édition affaires n°548 du 5 avril 2018, N° Lexbase : N3532BX4

[660] Compte rendu analytique officiel du 18 avril 2018, disponible à l'adresse http://senat.fr/cra/s20180418/s20180418_1.html#par_15

[661] Le montant de l'amende civile ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts du demandeur à l'action. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €.

[662] O. de Maison Rouge, « Secret des affaires : le nouveau cadre juridique de l'information économique protégée », précité

[663] O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires à l'épreuve de la procédure judiciaire », Dalloz IP/IT 2017 p.543 ; B. Beignier et A. Andorno « Secret professionnel, principe du contradictoire et secret des affaires », JcpG n° 19, 9 Mai 2016, 563

[664] A.Juillet et F.Puaux, « L'intelligence économique et le droit », Cahier de droit de l'entreprise n°5, septembre 2008, dossier n°42

C'est pourquoi, lorsque l'objet de l'action envisagée concerne au premier chef des secrets d'affaires, il est sécurisant d'avoir recours à la procédure arbitrale[665], dont le code de procédure civile prévoit la confidentialité[666]. Cette confidentialité « légale » concerne uniquement les arbitrages internes, et il n'existe pas de définition et de champ d'application uniforme de la confidentialité dans l'arbitrage international[667]. Afin de conserver le secret lors d'un arbitrage, il est alors nécessaire que « *les parties s'accordent dès le contrat ou dans l'acte de mission sur la question de la confidentialité* »[668]. A l'inverse, les procédures « étatiques » n'envisagent la confidentialité que comme une exception[669]. Le secret est en conséquence soumis à la procédure et aux principes directeurs du procès (**§1**). Le souci de préservation des informations confidentielles peut néanmoins conduire la procédure à être mise au secret (**§2**).

§1. Le secret soumis à la procédure

139. La conduite d'un procès est régie par de grands principes directeurs qui ont vocation à assurer une justice impartiale, rendue en pleine connaissance et dont chacun doit pouvoir prendre connaissance. Il en résulte que la procédure, y compris celle qui comprendrait l'examen de secrets d'affaires, doit satisfaire à ces principes (**A**). Ceux-ci peuvent toutefois faire l'objet d'adaptations pratiques en fonction des exigences de l'espèce dont l'existence d'un secret peut être un paramètre (**B**).

A/ Le secret soumis aux principes directeurs du procès

140. Principes directeurs du procès. L'exigence du respect du contradictoire[670] et de la publicité des débats[671] induit naturellement une mise à l'écart du secret. Ces principes

[665] Notamment via l'Ompi dont le règlement d'arbitrage prévoit en son article 54 intitulé « Divulgation de secrets d'affaires et autres informations confidentielles » la définition desdites informations, la procédure de « classement confidentiel » d'une information et ses conséquences sur sa communication.
[666] Art. 1464 al 3 code de procédure civile : « *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité*. »
[667] Voir N.Moïni-Shabestari parrainée par B.Coppo, « La publication des sentences arbitrales : les leçons milanaises », Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2012, 12
[668] M.Quiniou supervisé par C. Kessedjian, « Confidentialité dans l'arbitrage relatif aux secrets de fabrique et savoir-faire (et secret d'affaire de nature technique)», Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2011, 4
[669] Articles 22, 433 et 435 du code de procédure civil
[670] Articles 15 et 16 du code de procédure civile
[671] Articles 22 et 433 du code de procédure civil

directeurs du procès[672] impliquent la communication de toutes pièces utiles, y compris comprenant des secrets d'affaires et leur discussion lors d'une audience publique. Le secret est alors soumis à la procédure et il existe un risque élevé de divulgation d'informations confidentielles. Cette menace peut toutefois être jugulée par différents biais. La confidentialité des débats peut être préservée si la procédure est confinée en chambre du conseil. Devant le tribunal de commerce, « *une telle demande sera généralement accueillie favorablement* »[673] et il ne peut être trop recommandé aux parties de la présenter. Elles peuvent également solliciter du tribunal qu'il ne précise pas dans le corps du jugement le détail de formules confidentielles[674] mais qu'il les désigne par des codes[675]. Ces tempéraments ont néanmoins un effet limité aux tiers et ne concernent pas les parties, à même de prendre connaissance des secrets de leur contradicteur[676].

141. Le cas particulier des mesures probatoires. Le risque de divulgation de secrets d'affaires existe également en amont des instances au fond à l'occasion de mesures probatoires. Qu'il s'agisse de mesures *in futurum* dans le cadre de l'article 145 du code de procédure civil ou de saisie-contrefaçon[677], les secrets d'affaires ne constituent pas en soi des obstacles justifiant l'interdiction de ces mesures[678] . Dans un souci de préservation de la

[672] Le principe du contradictoire ayant une valeur constitutionnelle cf Cons. const., 13 mai 2011 n° 2011-126, Sté Système U Centrale Nationale et autre, considérant n° 7: « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire* » ; et une valeur conventionnelle cf CEDH, 23 juin 1993, n° 12952/87, Ruiz-Mateos c/ Espagne, considérant n°63 : « *le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Brandstetter c. Autriche du 28 août 1991, série A no 211, p. 27, par. 66). Or le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter*. »

[673] B.Charlier-Bonatti, « Procédures en matière commerciale et le secret d'affaires », cce n° 5, Mai 2014, étude 8

[674] E.Gouge et V.De Freitas, « Quelle protection du secret d'affaires lors du procès civil ? », Prop. Intellectuelles, janvier 2015, n°54, Doctrine p.36 : « *les objectifs liés à la publicité des décisions judiciaires peuvent s'en trouver affectés. Dans un tel cas, la conciliation entre intérêt général et intérêt privé se ferait à l'avantage du premier. Seul serait alors acceptable un biffage précisément mesuré, n'éliminant que les secrets qui ne sont pas nécessaires à la compréhension de la décision des juges*. »

[675] Ch.Le Stanc, « Secrets d'affaires », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2015, repère 11 concernant TGI Montpellier, pôle civil, sect. 2, 17 sept. 2015, n° 13/05047 : JurisData n° 2015-025285

[676] S'agissant des procédures évitant la divulgation de secrets d'affaire au contradicteur, voir *infra* n°155

[677] Article L332-1 du CPI en droit d'auteur, article L521-4 du CPI en droit des dessins et modèles, article L615-5 du CPI en droit des brevets, article L716-7 du CPI en droit des marques…

[678] Cass Civ 2ème 7 janvier 1999, n° de pourvoi: 95-21934, Bull Civ II n°4 p.3 : *« le secret d'affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* », Voir également le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation – Etude « Le droit de savoir », p.243 ainsi que Cass Com 19 Mars 2013, n° 12-13.880, 285, inédit

liberté d'entreprendre des parties, la mise en œuvre de ces mesures probatoires exige la réunion de certaines conditions. S'agissant de la saisie-contrefaçon, son autorisation est subordonnée à la preuve de la titularité d'un droit de propriété intellectuelle. Concernant l'application de l'article 145 du code de procédure civile, les mesures requises doivent être justifiées et mettre en œuvre tous moyens pour éviter la divulgation de secret d'affaires[679]. Il en résulte la nécessaire démonstration d'un intérêt légitime[680] dans le prisme duquel l'existence de secrets d'affaires peut être appréhendée[681].

La jurisprudence récente a impulsé une évolution dans l'appréciation de ces mesures sous l'influence de la directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires[682]. Dans une décision du 22 juin 2017[683], la Cour de cassation réfute le raisonnement de la cour d'appel ayant rejeté la demande d'expertise formé par le défendeur à la mesure d'instruction au motif que ni le secret d'affaires ni la circonstance que le défendeur soit propriétaire du fichier client dont la saisie avait eu lieu ne pouvaient s'opposer à la production en justice des éléments issus de la mesure d'instruction. La Cour de cassation casse l'arrêt et retient qu'il appartenait à la cour d'appel de vérifier si la demande d'expertise requise par le défendeur était proportionnée au regard du droit des demandeurs d'établir la preuve d'actes de concurrence déloyale et du droit des défendeurs de préserver leurs secrets d'affaires.

Deux éléments ressortent de cette décision. En premier lieu, la Cour de cassation fonde sa décision sur l'exigence de proportionnalité entre le droit d'obtenir la preuve d'actes déloyaux

[679] Il existe en effet une exigence de protection du secret d'affaires et des correspondances cf CA Paris, Pôle 1-Chambre 3, 16 décembre 2014, ITQ Corp (ITQ Security) c/ MA Holding&Media Alarme, disponible sur legalisnet

[680] A l'inverse, le défaut d'indices sérieux d'un comportement déloyal dont la preuve est recherchée via la mesure d'instruction in futurum justifie la rétractation de l'ordonnance autorisant la mesure et la restitution des pièces saisies en interdisant la conservation de copies cf CA Paris 16 décembre 2014, précité

[681] Groupe Confluences (M. Armand-Prevost, A. Caston, A. Dana, D. Duprey, R. Flaugnatti, J-F. Rambaud et F. Rausch), « Secret d'affaires et principe du contradictoire », Gaz Pal 10 juillet 2003, n°191 p.2, Etude n°4 ; voir également A.Millerand, « La protection des secrets de la vie des affaires à l'épreuve des mesures in futurum », Droit des sosciétés n°6, Juin 2011, Alerte 24 et C.Puigelier, « Refus d'une expertise in futurum susceptible de porter atteinte à la confidentialité d'informations, alors qu'aucune faute n'était susceptible d'être établie ou n'avait été établie », JcpG n°43, 24 octobre 2001 II 10614, commentaire de CA Limoges 28 mars 2001, SA Madrange c/ SA CRIT Interim RG n°2000/194, n° jurisdata 2001-147007 : « *L'expertise sollicitée par l'appelante ne reposait pas sur un motif légitime puisqu'elle ne permettait pas d'établir la preuve de faits dont pouvait dépondre la solution du litige (...) Cette dernière ne visait qu'un point subséquent à la solution du litige et ne pouvait permettre la divulgation d'informations confidentielles qui n'étaient pas strictement nécessaire à ladite solution* » ; S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », Dalloz 2002 p.3131

[682] G. Goffaux Callebaut, « Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d'instruction in futurum d'instruction in futurum », Bulletin Joly Sociétés - n°11, novembre 2017, p. 657

[683] Cass. 1re re civ., 22 juin 2017, n civ., 22 juin 2017, n°15-27845

et la préservation des secrets d'affaires[684]. Elle met ainsi en balance les intérêts en présence[685]. L'appréciation de la mesure ne doit pas se faire[686] *in abstracto* mais doit au contraire prendre en considération tous les éléments de l'espèce : les conditions pratiques de la mesure octroyée, l'existence de secrets d'affaires et les modalités proposées pour une mesure d'instruction alternative. En second lieu, la Cour de cassation apprécie la proportionnalité entre deux mesures invoquées, l'une par le demandeur, l'autre par les défendeurs. Cela signifie que les défendeurs, plutôt que de tenter de faire obstacle à toute mesure en invoquant l'existence de leurs secrets d'affaires, ont choisi de proposer une mesure avant dire droit qu'ils estimaient à même d'assurer l'examen des pièces litigieuses en respectant leur confidentialité. Il apparaît concrètement dans l'intérêt des parties de soumettre une proposition alternative qui leur convienne plutôt que de s'opposer frontalement à une mesure *in futurum* au risque de ne pas obtenir gain de cause et de voir leurs secrets d'affaires révélés au demandeur[687].

Cette évolution est particulièrement intéressante compte tenu du fait que ni la directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, ni la loi de transposition ne prévoit de procédure spécifique pour le recueil de preuves de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite des secrets d'affaires[688]. Les demandeurs doivent donc continuer à user du droit commun dans ce cadre et particulièrement de l'article 145 du code de procédure civile[689] comprenant désormais une application renforcée du principe de proportionnalité.

B/ Le secret sauvegardé par les pratiques du procès

142. Pratiques de préservation de la confidentialité. Antérieurement à la directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, certaines pratiques étaient régulièrement mises en œuvre afin de préserver les secrets d'affaires et peuvent encore trouver à

[684] F. G'Sell, « Quelle protection dans le procès civil ? », in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de Jean Lapousterle et Bertrand Warusfel, précité

[685] . Goffaux Callebaut, « Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d'instruction in futurum d'instruction in futurum », précité

[686] Par la cour d'appel, la Cour de cassation jugeant seulement en droit

[687] H. Barbier, « Quand les secrets des affaires ou de la vie privée ont raison des mesures d'instruction in futurum », RTD Civ. 2017 p.661

[688] J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », précité

[689] Etant précisé que si la directive précise que le demandeur doit engager une action au fond dans un délai raisonnable ne devant en tout état de cause pas dépasser vingt jours ouvrables ou trente et un jours civils, le délai le plus long étant retenu cf article 11.3) a/ . La loi de transposition n'aborde pas en revanche cette question

s'appliquer[690]. Le recours à ces mécanismes concerne essentiellement les mesures avant dire droit, mesures *in futurum* ou expertises. Ainsi, lorsqu'une mesure d'instruction aboutit à confier des documents susceptibles de contenir des secrets d'affaires, leur mise sous séquestre constitue un préalable indispensable[691]. Ensuite, deux options sont ouvertes afin d'assurer leur confidentialité des informations protégées : soit la mise sous séquestre est prévue pour une durée déterminée de quinze jours à compter du procès-verbal de constat laissant un temps suffisant au défendeur pour présenter une demande de rétractation de l'ordonnance s'il estime que ses secrets d'affaires sont menacés[692] ; soit l'ordonnance prévoit que la mise sous séquestre ne sera levée qu'à l'issue d'un débat contradictoire devant le juge[693] devant être saisi dans un certain délai[694], au fond ou en référé.

Outre ces deux solutions permettant au défendeur de faire valoir la protection de ses secrets d'affaires, il est également possible que le tri des documents saisis et mis sous séquestre soit effectué soit un huissier ou le conseil d'une partie[695]. Cette seconde possibilité doit être évitée quelle que soit la partie représentée : s'il s'agit du conseil du défendeur, l'entreprise à l'origine de la saisie estimera que le choix des documents est partial, et s'il s'agit de son conseil, la préservation du secret n'est plus assurée, le secret professionnel de l'avocat ne s'étendant pas « *aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret des affaires, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige » aux pièces adverses* »[696]. Il est donc préférable qu'un huissier procède à cet examen, lui-même étant tenu au secret professionnel et indépendant des parties. Son secret professionnel et son indépendance protègent alors les secrets d'affaires[697].

---

[690] L'article 9.2) de la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires ainsi que l'article L153-1 du code de commerce prévoyant une liste de mesures de nature à préserver la confidentialité qui n'est pas limitative

[691] Elle permet en effet que les documents saisis ne soient pas communiqués au requérant.

[692] B. Charlier-Bonatti, « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », cce mai 2014, Etude n°8

[693] Qui pourra contrôler que les pièces saisies n'excèdent pas les limites de l'ordonnance cf J.-D. Bretzner, « Droit de la preuve - juin 2015 - juin 2016 », Dalloz 2016 p.2535

[694] *Ibid.*.

[695] E.Gouge et V. De Freitas, « Quelle protection du secret d'affaires lors du procès civil ? », Prop. Intellectuelles, janvier 2015, n°54, Doctrine p.36 citant CA Paris, 16 janvier 2014, RG n° 13/01388, Foncia c/ Imodam pour un tri effectué par l'huissier et TGI Paris, ord. réf., 23 août 2013, RG n° 13/55102, Vringo Infrastructure c/ ZTE pour un tri effectué par le conseil du demandeur.

[696] Cass. Civ. 1ère 25 février 2016, n° 14-25729, Sté Kepler Capital Markets c/ Sté Viel et compagnie ; B. Belval, « Tout le secret professionnel mais rien que le secret professionnel ! », Gaz. Pal. 19 avril 2016, n°15 page 27 ; Ph. Théry, « Production forcée des pièces : principe de la contradiction et secret des affaires », RTD Civ. 2016 p.439 ; J.-M. Garinot et S. Grayot-Dirx, « Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ? », Gaz Pal n°14, 12 avril 2016, p. 23

[697] H. Barbier, « Quand les secrets des affaires ou de la vie privée ont raison des mesures d'instruction in futurum », RTD Civ. 2017 p.661

Il est enfin possible que les pièces saisies fassent l'objet d'une expertise. Afin de préserver les secrets d'affaires, le juge pourra inviter l'expert à prendre toute mesure utile à cette fin. Cela peut concrètement se traduire par l'audition séparée des parties, l'occultation de certaines informations sur les documents transmis et la rédaction de deux rapports, l'un complet et l'autre expurgé de tous les éléments confidentiels[698]. Dans cette logique, le secret est une exception que certains mécanismes procéduraux permettent de préserver. Il existe par ailleurs des procédures dont l'objet emporte nécessairement le traitement de secrets d'affaires, la procédure dans son ensemble connaît alors des aménagements afin de maintenir la confidentialité des données.

§2. La procédure mise au secret

143. La directive n°2016/943 du 8 juin 2018 sur la protection des secrets d'affaires est à l'origine d'une petite révolution procédurale mettant les secrets d'affaires au cœur des préoccupations. Elle a ainsi aboutit à l'édiction en droit interne de mesures générales destinées à préserver la confidentialité des secrets d'affaires (**B**). Ces mécanismes trouvent leur source dans les règles spécifiques édictées dans le cadre des procédures de concurrence (**A**).

A/ Les mesures spécifiques de protection des secrets d'affaires dans les procédures de concurrence

144. La recherche puis la sanction d'éléments susceptibles de caractériser des atteintes à la concurrence peuvent donner lieu à la divulgation de secrets d'affaires[699]. Pour éviter cet écueil, la confidentialité est un souci permanent lors de ces procédures.

145. En amont des procédures. Les saisies dans le cadre de procédure de concurrence sont effectuées par des agents soumis au secret professionnel[700], encadrées par des conditions

[698] B.Charlier-Bonatti, « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », cce mai 2014, Etude n°8

[699] J.Lucas et S.Camand, « 3 questions – Pratiques anticoncurrentielles : accès aux documents contenant des secret d'affaires », JcpE n°50, 11 décembre 2014, n°942 Voir TPICE 18 septembre 1996, aff T-353/94 Postbank c/ Commission point 87 et pour des exemples d'informations justifiant un traitement confidentiel TPICE Ord. Prés. 4ème Chambre 22 février 2005, aff T-383/03, Hynix Semiconductor c/ Conseil notamment points 34 et 35

[700] Art. 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 462-9 du Code de commerce et décision du 30 mars 2009 de l'Autorité de la concurrence portant adoption de la charte de déontologie, Voir également Cass Crim 29 juin 2011, n° 10- 85.479, inédit. Au niveau européen, voir art.339 TFUE.

strictes[701] et doivent viser les informations utiles à l'enquête[702]. Si le système de saisie globale est encore en usage en France[703], il a sans doute vocation à disparaitre au profit de saisies ciblées sous l'impulsion des pratiques en usage au niveau européen. La Commission a en effet détaillé dans une notice explicative[704] la méthode employée lors des inspections, et notamment les recherches électroniques privilégiant une identification et une sélection des fichiers pertinents lors de la procédure d'inspection[705]. Concrètement, ces recherches prennent place en trois temps : d'abord les agents de la Commission font une copie des données électroniques qui est téléchargée sur un serveur sur lequel les dossiers sont indexés. Ensuite, les agents procèdent à une sélection à l'aide de mots-clefs et les données entrant dans le champ de l'investigation sont extraites sur un support crypté. Enfin, l'équipement

[701] Art. L. 450-4 du Code de commerce

[702] Les éléments saisis doivent contenir des éléments intéressant l'enquête – une saisie massive et indifférenciée ne répondant pas l'exigence de proportionnalité cf CEDH, 2 avr. 2015, aff. 63629/10 et 60567/10, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c/ France commenté dans la Lettre creda-concurrence n°2015-32 du 2 avril 2015 ; par D.Bosco, « Onction européenne sur le dispositif français de saisies informatiques, ccc n°6 juin 2015, Comm.152 ; C.Mathonnière, « Visites et saisies domiciliaires : la France à nouveau condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », rlda n°106 juillet-août 2015, Actualités-Droit économique n°5665 p.32 ; M.Baillat-Devers, rlc n°44 juillet-septembre 2015 Droit processuel de la concurrence n°2824 p.81 – et il convient de contester dès les opérations la saisie des documents insaisissables tels que des courriels d'avocat et des pièces étrangères au champ de l'autorisation judiciaire cf Cass Crim 14 nov. 2013, n°12-87.346, Bull Crim 2013 n°227 et Cass Crim 27 nov. 2013, n°12-85.830, Bull Crim 2013 n°242 ; C.Mathonnière, « OVS : Quand et comment contester les saisies de documents ? », rlda n°89, janvier 2014 p.39, n°4926 ; M.Koehler de Montblanc, « Comment éviter la violation du secret de la correspondance avocat/client lors des opérations de visites et saisies ? », rlc n°39 avril-juin 2014, Droit processuel de la concurrence n°2537 p.111 ; L.Saenko, « le rôle et le secret professionnel de l'avocat à l'épreuve des visites et saisies du droit de la concurrence », ccc n°3 mars 2015, Etude n°5

[703] Cass Crim 14 décembre 2011, n° 10-85.293 Bull Crim 2011 n°259, commenté par C.Mathonnière, rlda n°67 janvier 2012, Droit Economique n°3833 p.42 ; Cass Crim 14 novembre 2013 n°12-87.346 Bull Crim 2013 n°227, commenté par E.A.Caprioli « Validité d'une saisie globale des données pour les besoins de l'Autorité de la concurrence », cce n°4 avril 2014, Comm. n°42 ; également G.Fabre, « Saisies globales de messageries et respect du secret professionnel de l'avocat », rlc n°30 janvier-mars 2012, Actualités-Eclairage-Droit processuel de la concurrence n°1989 p.60 ; D.Roskis et Ch-M.Dorémus, « Saisies informatiques par les autorités françaises de concurrence : quelle compatibilité avec les droits de la défense ? », rlda n°68, février 2012, Actualités-Eclairage n°3874 p.39 : la saisie globale reposant sur la prémisse technique de l'insécabilité des fichiers informatiques et sur les garanties résultant de l'autorisation de la saisie par le JLD, le secret professionnel auquel sont tenus les agents de l'Autorité et de la DGCCRF et de la possibilité de demander la restitution des documents couverts par le secret professionnel et les correspondances d'avocat. ; Cass. crim., 23 nov. 2016, n° 15-81.131, RLC n°57 janvier 2017, n°3099 p.10

[704] Notice explicative en matière d'inspections ordonnées sur le fondement de l'article 20(4) du règlement n° 1/2003, 18 mars 2013, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html disponible au 5 novembre 2018

[705] D.Roskis et Ch-M.Dorémus, « Saisies informatiques par les autorités françaises de concurrence : quelle compatibilité avec les droits de la défense ? », précité : « *les agents de la Commission privilégient, dans la mesure du possible au regard du volume de données à traiter et de la durée de l'inspection, une identification et une sélection des fichiers pertinents au regard de l'objet de l'enquête, immédiatement dans les locaux de l'entreprise et pendant le cours de l'inspection* » par l'usage de logiciels de type « forensic », voir également M.Lavedan, « Un tournant pour les saisies informatiques de correspondances avaocat-client ? », rlc n°36 juillet-septembre 2013, Actualiés-Eclairage n°2360 p.91

informatique de la Commission est intégralement nettoyé[706]. Par la possibilité offerte d'identifier et d'isoler au sein d'une messagerie les fichiers entrant dans le champ de l'enquête, ce système résout la contrainte technique d'indivisibilité invoquée en droit interne pour justifier les saisies globales. De surcroît, il permet de concilier le travail d'enquête des autorités de concurrence avec les droits de la défense et le respect du secret professionnel couvrant les correspondances d'un avocat avec son client[707]. L'attention portée au respect de la confidentialité se poursuit également lors des procédures proprement dites.

146. Lors des procédures de concurrence européennes. La Cour de Justice a énoncé la protection des secrets d'affaires comme un principe général du droit communautaire au cours de la procédure administrative[708]. Elle a également considéré que cette protection pouvait limiter l'application du principe du contradictoire[709]. Il appartient toutefois aux parties de requérir le traitement confidentiel des documents devant la Commission[710] ou le Tribunal[711]. A cet égard, il est nécessaire que la partie à l'origine de la demande détaille avec précision les éléments concernés ainsi que les raisons de leur caractère confidentiel, sous peine de voir sa demande rejetée[712].

147. Présomption générale d'inaccessibilité. Les procédures de concentrations[713] examinent dans une perspective prospective le fonctionnement concurrentiel d'un marché *« impliquant nécessairement la transmission d'un grand nombre d'informations sensibles à la Commission*

[706] M.Lavedan « Précision sur les inspections et les saisies informatiques par la Commission européenne », rlc n°36 juillet-septembre 2013, droit processuel de la concurrence n°2361 p.96

[707] D.Roskis et Ch-M.Dorémus, « Saisies informatiques par les autorités françaises de concurrence : quelle compatibilité avec les droits de la défense ? », précité

[708] CJCE 24 juin 1986, aff 53/85, AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK c/ Commission, pt 28 : « *l'obligation de tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Une protection toute spéciale est ainsi assurée aux secrets d'affaires. Ces dispositions, bien qu'ayant trait à des hypothèses particulières, doivent être considérées comme l'expression d'un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative* ».

[709] V.Michel, « Les chars contribuent à la protection des secrets d'affaires », Europe n° 4, Avril 2008, comm. 103 de CJCE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, Varec c/ Belgique

[710] Voir notamment art. 16 du Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, art 18 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, ainsi que la Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil (2005/C 325/07)

[711] Art. 103 du règlement de procédure du Tribunal

[712] G.Decocq, « Le respect du principe du contradictoire et le secret d'affaires », ccc n°7, Juillet 2011, Comm. 172 citant TUE, Ord. Prés. 5ème Chambre 3 mai 2011, aff. T-384/09, SKW Sthal-Metallurgie

[713] Sur la divulgation d'information lors des procédures de concentrations, voir *infra* Section II Chapitre 2 Titre II Partie 1

alors même qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'est suspectée »[714]. En d'autres termes, la communication de nombreuses informations protégées confidentielles[715] est intrinsèquement liée à la mise en œuvre d'une procédure de concentration[716]. Dans ce cadre, la protection des secrets d'affaires est renforcée[717]. Pour éviter toute divulgation inopportune, la Cour de justice[718] refuse l'accès aux dossiers de concentration dont la demande est fondée sur le règlement n° 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Elle a, à l'inverse, établi une présomption générale d'inaccessibilité[719] des dossiers de concurrence[720], estimant que la divulgation de ces dossiers porterait atteinte aux activités d'enquête de la Commission qu'aux intérêts commerciaux des entreprises concernées. Suivant la même logique, la présomption générale d'inaccessibilité vaut même si la procédure en cause est terminée[721]. Une communication, même postérieure à l'issue de la procédure, serait en effet de nature à divulguer les secrets d'affaires des parties et à mettre en péril l'équilibre du règlement sur les concentrations. La présomption peut toutefois être renversée s'il existe un intérêt supérieur

[714] F.de Bure et J-B.Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », rlc n°34 janvier-mars 2013 Actualités-Eclairage-Concentrations économiques n°2184 p.9

[715] Portant notamment sur des informations protégées relevant de la santé financière des entreprises candidates à la concentration, de leur balance commerciale et de leurs perspectives stratégiques

[716] Sur la gestion des secrets d'affaires dans les procédures de concentration, voir *infra* Section II Chapitre 2 Titre II Partie 1

[717] Article 17 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 18 du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement (CE) n° 139/2004, voir également L.Idot, « Protection des informations confidentielles », Europe n°7, juillet 2015, Comm.269 concernant les Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf, ainsi que Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation,http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/guidance_on_preparation_of_public_versions_mergers_26052015.pdf

[718] CJUE 28 juin 2012, aff C-404/10 Commission c/ Editions Odile Jacob et CJUE 28 juin 2012 aff C-477/10 Commission c/ Agrofert, commentés par L.Idot, « Accès aux documents et règlement (CE) n°1049/2001 », Europe n°8 août 2012, Comm. n°327 ; F.de Bure et J-B.Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », rlc n°34 janvier-mars 2013 Actualités-Eclairage-Concentrations économiques n°2184 p.9 ; G.Muguet-Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », rlc n°33 octobre-décembre 2012, Actualités-Eclairage-Droit processuel de la concurrence n°2158 p.42

[719] CJUE 28 juin 2012, aff C-404/10 précité, pt 123 et CJUE 28 juin 2012 aff C-477/10 précité, pt 64 : « *selon laquelle la divulgation des documents concernés porte, en principe, atteinte à la protection des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans l'opération de concentration ainsi qu'à la protection des objectifs des activités d'enquête relatives à la procédure de contrôle de celle-ci* »

[720] Evitant ainsi l'obligation de procéder à un examen individuel et concret de chaque élément du dossier en application du règlement Transparence n°1049/2001 du 30 mai 2001

[721] Sauf concernant les documents internes de la Commission pour lesquels la « *présomption générale de non divulgation* » ne vaut qu'aussi longtemps que le résultat de la procédure administrative en cause n'est pas définitif cf G.Muguet-Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », précité

justifiant la divulgation du document, en application de l'article 4 §2 du règlement n°1049/2001[722].

148. Devant l'Autorité de la concurrence. Une requête en traitement confidentiel peut également être soumise devant l'Autorité de la Concurrence[723]. Elle doit être présentée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, indiquer pour chaque information, document ou partie de document en cause, l'objet et les motifs de sa demande et être accompagnée d'une version non confidentielle et d'un résumé de chacun de ces éléments. Le rapporteur général peut également inviter une partie à présenter une telle demande lorsque l'instruction de l'affaire fait apparaître que des informations pouvant mettre en jeu le secret d'affaires n'ont pu faire l'objet d'une demande de protection. Lorsque la protection est accordée, le recours contre cette décision s'effectue avec le recours contre la décision au fond[724]. Il en est tout autrement lorsque la protection est refusée. A la suite d'un arrêt du Conseil d'Etat du 10 octobre 2014[725], le refus de ladite protection ou la décision de levée de la confidentialité ont été dissociés du recours de la décision au fond. Ils pouvaient dès lors faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat indépendamment du fond du dossier en application du droit à un recours effectif[726] rejoignant ainsi la distinction entre décision de classement et refus de confidentialité consacrée au niveau européen[727]. L'arrêt du Conseil d'Etat ayant enjoint au Premier ministre d'abroger l'article R. 464-29 du Code de commerce, en tant que cet article vise les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la

[722] CJUE 28 juin 2012, aff C-404/10 précité, pt 126 et CJUE 28 juin 2012 aff C-477/10, précité, pt 68

[723] Art. L463-4 et R463-13 du code de commerce, qu'il s'agisse de procédure de concentration ou de pratiques anticoncurrentielles. Sur l'évolution du traitement confidentiel devant le Conseil de la concurrence puis devant l'Autorité, voir Ch.Lemaire, « La protection du secret d'affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », JcpE n°4, 26 janvier 2006, n°1161 et B.Cheynel, « Protection du secret d'affaires – Nouvelle mouture », rlc n°19 avril-juin 2009, Actualités-Droit processuel de la concurrence n°1363 p.79

[724] Article R.646-9 du code de commerce

[725] CE 9ème et 10ème ss-sect., 10 octobre 2014, n°367807, Syndicat National des Fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées, jurisdata n°2014-023399, mettant fin à la paradoxale exigence de contester les décision de refus de traitement confidentiel ou de levée de confidentialité avec le fond du dossier, soit après la divulgation des secrets d'affaires, Voir les commentaires de G.Decocq, « Le secret contre les droits de la défense », ccc n°1, janvier 2015, comm.18 ; J-M.Garinot, « Vers une meilleure protection du secret d'affaires devant l'Autorité de la concurrence », Droit & Patrimoine, n°243 janvier 2015, Analyse-Droit des affaires p.24 et le commentaire de la Lettre Creda-concurrence n°2014-111 du 13 octobre 2014.

[726] Cf articles 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit au recours effectif; voir également P.Spinosi, « Le secret d'affaires et le secret du patrimoine face aux droits et libertés individuels », Droit et Patrimoine n°233 février 2014, Analyse – Patrimoine p.26

[727] I.Luc, « Le rôle de la cour d'appel de Paris dans le contentieux de concurrence : la citadelle assiégée ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.386

concurrence refuse la protection du secret d'affaires ou accorde la levée de ce secret[728], a été entériné par le décret n° 2015-521 du 11 mai 2015[729] prévoyant les possibilités de recours contre le refus du traitement confidentiel ou la levée de la confidentialité. La compétence du Conseil d'Etat aura toutefois été de courte durée, l'article 95 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle[730] l'ayant transférée à la cour d'appel de Paris *via* la création d'un nouvel article L.464-8-1[731] du code de commerce. La cour d'appel de Paris voit ainsi confortée sa compétence concernant les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence[732].

Outre la confidentialité des documents transmis, la préservation des secrets d'affaires couvre tous les stades de la procédure[733]. Elle passe ainsi par une adaptation des débats : d'une part ceux-ci ne sont pas publics devant l'Autorité de la concurrence[734], et d'autre part, le président de séance peut inviter une ou plusieurs parties à sortir de la salle le temps de l'évocation de secrets d'affaires lors des débats oraux[735].

149. Respect des droits de la défense. La limite du traitement confidentiel se trouve dans le respect des droits de la défense[736] de la partie mise en cause qui peut se voir communiquer la version complète d'un document, à sa requête ou sur décision du rapporteur, s'il apparaît que sa connaissance dudit document est nécessaire aux débats devant l'Autorité. En revanche, la partie saisissante ne dispose pas d'une telle faculté et « *n'est pas recevable à exercer un*

[728] Voir les commentaires de C.Mathonnière, « La protection du secret d'affaires renforcée devant l'Autorité de la concurrence, rlda n°105, juin 2015, Actualités-Eclairage n°5622 p.35 ; N.Lenoir, « La protection des secrets d'affaires devant l'ADLC : comment l'arrêt Syndicat FILMM du Conseil d'État du 10 octobre 2014 illustre les tensions entre cette protection et le principe du contradictoire », rlc n°42 janvier-mars 2015 n°2714 et « La consécration d'un nouveau contentieux autonome des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de levée des secrets d'affaires », rlda n°105, juin 2015, Perspectives-Tribune n°5630 p.46

[729] décret n° 2015-521 du 11 mai 2015 relatif aux décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en matière de protection du secret d'affaires, JO 13 mai 2015

[730] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, art. 95, JO 19 Novembre 2016

[731] Disposant en son 1er alinéa que : « *Les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée peuvent faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué* ».

[732] D. Bosco, « Les recours contre les décisions du Rapporteur général quant au secret des affaires incombent à la cour d'appel de Paris », ccc n° 1, Janvier 2017, comm. 20

[733] F. G'Sell, « Quelle protection dans le procès civil ? », in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de Jean Lapousterle et Bertrand Warusfel, précité

[734] Article L.463-7 du code de commerce

[735] Aut. Conc. 22 février 2010, Dalloz 2010 p.493, obs E. Chevrier, cité par F. G'Sell, « Quelle protection dans le procès civil ? », précité

[736] Art. L463-4 et R463-15 du Code de Commerce

recours contre la décision accordant la protection du secret d'affaires à l'égard de pièces concernant la personne qu'elle a mise en cause dans sa saisine »[737] car elle n'a pas de droit de la défense à faire valoir à cet égard[738].

150. Publication des décisions. Afin de permettre la préservation des secrets d'affaires y compris à l'issue de la procédure, la publication des décisions de la Commission ou de l'Autorité peut concerner une version exempte de données confidentielles[739]. Il ne s'agit pas toutefois d'un choix définitif et il peut être décidé de la nécessité de diffuser une version plus complète de la décision après un certain écoulement de temps[740]. Dans deux décisions du 28 janvier 2015, le Tribunal[741] puis la Cour[742] statuant en 2017 sur un pourvoi effectué à l'encontre de la décision Evonik Degussa précisent cette faculté. Il en résulte en premier lieu que les opérateurs peuvent invoquer tout motif tiré de règles ou de principes du droit de l'Union[743] pour s'opposer à une publication *in extenso*. Ils ne sont pas limités aux règles visant à protéger spécifiquement les informations contre une divulgation au public[744]. Ensuite, la publication d'une version non expurgée comprend naturellement les informations confidentielles datant de cinq ans ou plus, ayant ainsi acquis un caractère historique, sauf à démontrer qu'elles constituent toujours des éléments essentiels de la position commerciale des

[737] Cass Com 19 janvier 2016, n°14-21.670 et 14-21.671, rlc n°48 mars 2016, Les essentiels du mois n°2916 p.11 ; « Procédure devant l'Autorité de la concurrence et protection du secret d'affaires », JcpG n° 5, 1er Février 2016, 121 : « *Le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires ; que ni le droit à un recours effectif ni le principe de la contradiction n'impliquent que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine, laquelle en outre n'a pas pour objet la défense de ses intérêts privés, puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret d'affaires concernant la personne qu'elle a mise en cause, ni qu'elle puisse contester la décision de protection du secret d'affaires prise à ce titre* ».

[738] L. Constantin, « Autorité de la concurrence : portée du secret des affaires et administration de la preuve », Dalloz Actualité 29 février 2016 AFFAIRES | Concurrence – Distribution ; également G. Decocq, « Le secret des affaires et les demandes de mesures conservatoires », ccc n° 2, Février 2017, comm. 41, concernant la demanderesse de mesures conservatoires

[739] « *sauf si celles-ci constituent le cœur du problème traité par l'autorité* », O.de Mattos, « La protection du secret d'affaires vue par l'Autorité de la concurrence », cahier de droit de l'entreprise n°2, mars 2010, act. 20, également G.Decocq, « Publicité des décisions vs. secret professionnel », ccc n° 7, Juillet 2006, Comm. 137, commentaire de TPICE, 30 mai 2006, aff. T-198/03, Bank Austria Creditanstalt AG, « Club Lombard »

[740] Choix auquel les parties prenantes à la décision en cause pourront tenter de s'opposer

[741] TUE 28 janvier 2015 Evonik Degussa GmbH c/ Commissionn, aff. T-341/12, pt 93 et suivants et TUE 28 janvier 2015 Akzo Nobel NV, Akzo Chemicals Holding AB et Eka Chemicals AB c/ Commission, aff. T-345/12 pts 122-123, commenté par E.Sarrazin, C.Espesson et A.Buquet: « Jurisprudence UE : La divulgation par la Commission Européenne d'informations communiquées par des entreprises dans le cadre d'une procédure de clémence », La Revue du Cabinet SQUIRE PATTON BOGGS du 24 mars 2015 ; L.Idot, « Divulgation d'informations confidentielles », Europe n°1, janvier 2013, Comm. 35 ; lettre creda-concurrence n°2015-11 du 28 janvier 2015

[742] CJUE 14 mars 2017, aff. C-162/15 P, Evonik Degussa GmbH ; voir G.Decocq, « Des précisions sur la publication des décisions et la protection du secret des affaires », ccc n° 6, Juin 2017, comm. 134

[743] CJUE 14 mars 2017, aff. C-162/15 P, Evonik Degussa GmbH, pt 55

[744] *Ibid.*.

personnes concernées. Enfin, ces décisions rappellent les fonctions pédagogique et pratique de la publication d'une version non confidentielle de la décision permettant d'une part aux opérateurs d'avoir une meilleure connaissance des comportements sanctionnés, et d'autre part, aux victimes d'une infraction de faire valoir leurs droits[745].

151. En aval des procédures. Dans le cadre de procédures judicaires en réparation des dommages causés par les atteintes à la concurrence, se pose en effet la question de l'accès aux dossiers de l'Autorité et de la Commission comprenant des secrets d'affaires[746]. Secret de l'instruction et secrets d'affaires s'entremêlent alors.

152. Confidentialité et secret de l'instruction. La violation du secret professionnel est sanctionnée pénalement par l'article L.463-6 du code de commerce par un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Les informations protégées contenues dans les dossiers de l'Autorité de la concurrence étant couvertes par le secret professionnel, leur divulgation ne semble de prime abord pas pouvoir être envisagée. Une telle solution n'est toutefois pas sans poser de graves difficultés si les informations concernées s'avèrent nécessaires à l'exercice des droits de la défense. C'est pourquoi, dans ce cas particulier, la Cour de cassation dans un arrêt Semavem[747] du 19 janvier 2010 a considéré que *« ne commet pas de violation du secret professionnel la personne qui fait usage, pour l'exercice de sa défense lors d'une instance judiciaire, de pièces couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la Concurrence »*. Il en résulte que la divulgation d'informations couvertes par le secret professionnel, en ce compris les secrets d'affaires des parties à une procédure devant l'Autorité de la concurrence, ne peut être envisagée qu'en cas de nécessité pour exercer les droits de la défense d'une partie, qu'elle soit demanderesse ou

[745] TUE 28 janvier 2015Evonik Degussa GmbH c/ Commissionn, aff. T-341/12, précité pts 106, 107 et TUE 28 janvier 2015 Akzo Nobel NV, Akzo Chemicals Holding AB et Eka Chemicals AB c/ Commission T-345/12, précité, pts 80 et 125

[746] Étant précisé que « *Dans un contentieux devant les tribunaux civils,* « aucune protection du secret d'affaires contenues dans les pièces demandées en communication par le président de l'Autorité de la concurrence ne peut être organisée car elle n'est ni prévue dans le Code de commerce ni dans le Code de procédure civile » *(T. com. Créteil, 13 oct. 2009, n° 2008 F 00629, Sté coopérative groupement d'achat des centres Leclerc)* » cité par D.Roskis et Ch-M.Doremus « L'accès aux dossiers de l'Autorité de la concurrence dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : enjeux et apports de la loi du 20 novembre 2012 », rlc n°36 juillet-septembre 2013, Perspectives-Etude n°2378 p.136

[747] Cass Com, 19 janvier 2010 n°08-19.761, Semavem c/ JVC Eric Barbier de la Serre, « Le secret de l'instruction plie devant les droits de la défense », rlc n°23 avril-juin 2010, Droit processuel de la concurrence n°1612 p.86

défenderesse[748]. Cette conclusion reprise par les juges du fond[749] doit être d'interprétation stricte et les parties à une procédure judiciaire ne sauraient s'abriter derrière une injonction de communication de pièces à l'Autorité de documents en leur possession pour éviter toute incrimination de violation du secret de l'instruction[750]. L'articulation entre préservation du secret et respect des droits de la défense est ainsi délicate. L'importance du secret reste perceptible tant sa mise à l'écart nécessite qu'un droit fondamental soit en jeu.

153. Confidentialité et inaccessibilité du dossier de la Commission. Au niveau européen, le Tribunal[751] puis la Cour de justice[752] ont étendu la présomption générale édictée dans le cadre du contrôle des concentrations[753] à l'accès au dossier de la Commission dans le cadre d'une entente. Dès lors, la Commission « *est en droit de présumer, sans procéder à un examen concret et individuel de chacun des documents figurant dans un dossier relatif à une procédure d'application de l'article 81 CE, que la divulgation de ces documents porte, en principe, atteinte à la protection des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans une telle procédure ainsi qu'à la protection des objectifs des activités d'enquête relatives à celle-ci* » et en refuser ainsi l'accès. Autrement dit, le maintien de la confidentialité des dossiers de procédure de concurrence est essentiel à la préservation des intérêts commerciaux des opérateurs et à la mise en œuvre sereine des activités d'enquête de la Commission. Au-delà de chaque procédure particulière, la protection du secret apparaît ainsi comme une

[748] CA Paris pôle 5 ch. 4, 24 septembre 2014, n° 12/06864, SA Eco-Emballages et a, commentaire Lettre creda-concurrence n°2014-106 du 3 octobre 2014 ; à l'inverse de la procédure devant l'Autorité de la concurrence où seule la défenderesse dispose de cette faculté

[749] CA Paris Pôle 5 Ch. 4, 20 novembre 2013, n° RG: 12/05813 Monsieur Le Président de l'Autorité De La Concurrence c/ SAS MA LISTE DE COURSES et a.: « *la divulgation, dans une instance judiciaire, d'informations ainsi détenues, ne constitue pas une violation du secret susceptible d'être sanctionnée dès lors que cette divulgation est nécessaire à la reconnaissance judiciaire pour une des parties à l'instance, de ses droits, en l'espèce pour la société MDLC de son droit à réparation* ».

[750] T.d'Alès et A.Constans, « Les pratiques anticoncurrentielles et l'accès aux preuves devant les juridictions civiles et commerciales - La cour d'appel de Paris rappelle que le demandeur doit prendre ses responsabilités », JcpE n° 46, 13 Novembre 2014, 1575 concernant CA Paris pôle 5 ch. 4, 24 sept. 2014, n° 12/06864, SA Eco-Emballages et a. et CA Paris pôle 5 ch. 4, 20 nov. 2013, n°12/05813 Ma liste de courses, voir également à cet égard rlda n°89 janvier 2014, actualités-Droit économique n°4929 p.41

[751] TUE 13 septembre 2013, aff. T-380/08 Pays-Bas c/ Commission pt 42, commenté par L.Idot, « Nouvelles variations sur la confidentialité », Europe n°11, novembre 2013, Comm. 471 ; Voir également TUE 12 mai 2015 aff. T-623/13 Union de Almacenistas de Hierros de Espana commenté par L.Idot, « Accès aux documents échangés entre la Commission et une ANC », Europe n°7, juillet 2015, Comm. 268 ; C.Robin, « Refus d'accès aux documents échangés avec la Commission européenne », rlc n°44, juillet-septembre 2015, Actualités-Droit processuel de la concurrence n°2827 p.86

[752] CJUE 27 févr. 2014, aff. C-365/12 Commission c/ EnBW Energie Baden-Württemberg AG, pts 92-93, commenté par G.Decocq, « Le secret d'affaires protégé et le private enforcement obstrué », ccc n° 5, Mai 2014, comm. 119 ; J.Dupont-Lassalle, « Accès aux documents », Europe n°4, avril 2015, Comm. 145

[753] CJUE 28 juin 2012, aff C-404/10 précité, pt 123 et CJUE 28 juin 2012 aff C-477/10 précité, pt 64

préoccupation générale des autorités de concurrence dont l'influence irrigue la volonté d'accorder une protection procédurale générale au secret issue de la directive n°2016/943.

B/ Les mesures générales de protection procédurale des secrets d'affaires

154. Des mesures générales de protection. Les articles 42 in fine et 43 des accords ADPIC[754] prévoient que les autorités judiciaires doivent garantir la protection des renseignements confidentiels lors de procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle[755]. Suivant cette inspiration, la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires prévoit dans son article 9 un certain nombre de règles destinées à protéger le « *caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires* ». En d'autres termes, la directive édicte des mesures procédurales de nature à préserver les secrets d'affaires au cours de procédures « *ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires* ». Il en résulte que ces dispositions procédurales ne sont envisagées par la directive que dans le cadre d'actions visant expressément la protection des secrets d'affaires[756].

S'offrait alors au Parlement français une alternative : soit suivre la lettre de la directive et transposer en droit interne des mesures limitées aux procédures dont l'objet est la violation des secrets d'affaires, soit prendre le parti d'élargir ces mesures à toutes les procédures qui pourraient connaître de secrets d'affaires, à titre principal ou incident. Pour des raisons de cohérence et d'efficacité de la protection, il est heureux que la seconde branche ait été choisie par la loi de transposition[757]. Le texte adopté envisage l'application des mesures de protection non seulement dans les procédures civiles et commerciales[758], mais également dans les

---

[754] Art. 42 ADPIC in fine : « *La procédure comportera un moyen d'identifier et de protéger les renseignements confidentiels, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes.* »
Art. 43 ADPIC[754] : « *les autorités judiciaires seront habilitées, dans les cas où une partie aura présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles suffisants pour étayer ses allégations et précisé les éléments de preuve à l'appui de ses allégations qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, à ordonner que ces éléments de preuve soient produits par la partie adverse, sous réserve, dans les cas appropriés, qu'il existe des conditions qui garantissent la protection des renseignements confidentiels* ».

[755] Partie III des accords ADPIC

[756] F. G'Sell, « Quelle protection dans le procès civil ? », précité

[757] Plutôt que de multiplier les régimes spéciaux au risque d'un empilement et d'une incohérence entre les dispositions cf notamment la protection des secrets d'affaires dans le cadre de l'instance introduite sur le fondement de l'article L.481-1 du code de commerce concernant les procédures intentées en vue d'obtenir réparation du préjudice causé par une pratique restrictive de concurrence, édictée par l'article L.483-2 dudit code de commerce, évoquée par F. G'Sell, in « Quelle protection dans le procès civil ? », précité ; également O. de Maison Rouge, « Secret des affaires : le nouveau cadre juridique de l'information économique protégée », Hebdo édition affaires n°548 du 5 avril 2018, N° Lexbase : N3532BX4

[758] Article L153-1 du code de commerce

procédures administratives[759]. En dépit de l'absence d'une formulation expresse, ce souci généralisé de conservation des secrets d'affaires[760] plaide pour la reconnaissance d'un principe de préservation de la confidentialité. Celui-ci n'est pas absolu, son application devant être proportionnée[761], au regard notamment du droit au recours effectif et au droit à accéder à un tribunal impartial[762].

155. Le traitement confidentiel des secrets d'affaires. Afin de satisfaire le principe confidentialité, diverses mesures non limitatives[763] sont envisagées par la directive, reprises dans la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. Il est prévu en premier lieu une obligation générale de confidentialité pour toute personne participant à une procédure mettant en jeu des secrets d'affaires[764]. La durée de cette obligation est variable : elle est en pratique liée à celle du secret et disparaît lorsque les informations protégées ne réunissent plus les conditions de qualification requises par la directive[765], y compris lorsqu'un juge en a décidé ainsi par une décision non susceptible de recours[766]. Ensuite, les mesures pratiques envisagées pour garantir la confidentialité des secrets d'affaires consistent essentiellement en des restrictions d'accès : aux documents contenant des secrets d'affaires, aux audiences ainsi qu'aux rapports et transcriptions qui s'y rapportent, à la décision judiciaire *in extenso*[767]. Cette dernière restriction est permise par la mise à disposition d'une version non confidentielle de la décision, dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés[768]. Ces mesures peuvent être ordonnées à la demande d'une partie ou d'office.

[759] Article L.77-13-1 du code de justice administrative
[760] Qui peut même être exercée d'office cf directive n°2016/943 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.1 et article L.153-1 code de commerce
[761] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.3
[762] *Ibid.*.
[763] L'article 9.2 de la directive n°2016/943 et l'article L.153-1 du code de commerce évoquent tous deux des « possibilités » offertes au juge
[764] Article 9.1 de la directive n°2016/943 : « *Les États membres veillent à ce que les parties, leurs représentants légaux, les intervenants des tribunaux, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne soient pas autorisées à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires présumé dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.* » ; voir également article L.153-2 du code de commerce
[765] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.1 al2
[766] Article L153-2 dernier alinéa du code de commerce
[767] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.2 a/, b/, c/
[768] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.2 c/

156. Restrictions d'accès. S'agissant de la limitation d'accès aux documents ainsi qu'aux audiences, la proposition de directive prévoyait que dans des circonstances exceptionnelles[769] elle pouvait également viser les parties, l'accès étant alors réservé aux conseils et experts soumis à l'obligation de confidentialité. Cette faculté de former un « *club de confidentialité* »[770] excluant les parties engendrait une atteinte considérable au respect du principe du contradictoire, les parties n'étant pas à même de débattre sur des pièces connues de leurs seuls conseils. Cette pratique interrogeait de surcroît sur sa compatibilité avec les règles déontologiques des avocats qui imposent de rendre compte à leur client, partie prenante à la procédure tandis qu'ils n'exercent qu'un rôle de conseil et de représentation[771]. A la suite d'un débat nourri[772], le Conseil a amendé la proposition de directive[773] et le texte final prévoit que le cercle restreint de personnes ayant connaissance des secrets d'affaires doit comprendre non seulement les avocats, mais également une personne physique pour chaque partie[774].

Cette position a été suivie dans la loi de transposition qui dispose que l'accès aux pièces contenant des secrets d'affaires peut être restreint « *à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter* »[775]. Les dispositions du code de commerce ne mentionnent pas expressément l'extension de cette pratique aux audiences, mais indiquent que les débats et la décision peuvent intervenir en chambre du conseil[776], qui sous-tend l'application de la solution retenue par la directive. En revanche, la loi de transposition ajoute à la directive en prévoyant que « *les personnes habilitées à assister ou représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf dans le cas prévu au 1° de l'article L. 153-1* »[777]. Cet alinéa est source de confusion. La première partie de la phrase signifie que la confidentialité requise des conseils des parties au cours de la procédure ne s'applique pas dans les relations avec lesdites parties. Cette proposition rejoint

[769] Qui n'étaient pas précisées par la proposition de directive
[770] E.Gouge et V.De Freitas, « Quelle protection du secret d'affaires lors du procès civil ? », Prop. Intellectuelles, janvier 2015, n°54, Doctrine p.36
[771] *Ibid.*. qui précise également que « *cette mesure est à l'évidence inapplicable dans les procédures sans représentation obligatoire* »
[772] N. Lenoir, « La protection des secrets d'affaires, un droit fondamental du marché intérieur consacré par la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 », précité
[773] J.Lapousterle, Ch.Geiger, N.Olszak et L.Desaunettes, « Quelle protection pour les secrets d'affaires au sein de l'Union européenne? Observations du CEIPI sur la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées », disponible à l'adresse http://www.ceipi.edu/index.php?id=5518&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=8757
[774] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.2 *in fine* ; également J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », précité
[775] Article L.153.1 2° du code de commerce
[776] Article L.153-1 3° du code de commerce
[777] Article L.153.2 al4 du code de commerce

la jurisprudence récente de la Cour de cassation[778] ayant considéré que « *le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret d'affaires, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige* ». En d'autres termes, l'avocat ayant connaissance de pièces confidentielles peut, et doit même dans le cadre de l'exécution de sa mission de conseil, en informer son client. La seconde partie de l'alinéa 4 de l'article L.153-2 du code de commerce nuance toutefois immédiatement cette interprétation en induisant la possibilité pour l'avocat d'une partie d'être tenu de préserver la confidentialité d'une pièce à l'égard de son client lorsque ce document a fait l'objet de mesures spécifiques en application de l'article L.153-1 1° du code de commerce. Une acception générale de cette exception viendrait en contradiction avec la directive et il faut à notre sens l'interpréter restrictivement. Elle signifie alors que lorsqu'une pièce fait l'objet d'un accès restreint au conseil et à une seule personne physique représentant la partie en présence, l'avocat ne peut en informer d'autres personnes physiques représentant ladite partie, car il est tenu d'une obligation de confidentialité spécifique édictée par le juge en application de l'article L.153-1 1°, en sus du secret professionnel. Cette interprétation nous semble la seule conforme à l'esprit de la directive. Il n'en reste pas moins que pour éviter toute incertitude sur la portée de la disposition, cet alinéa devrait être précisé en spécifiant expressément l'hypothèse envisagée.

157. Mesures de protection procédurales et libertés économiques. La directive comme la loi de transposition donne la possibilité au juge d'évaluer le besoin de protection d'une pièce dont la communication serait susceptible de porter atteinte à un secret d'affaires. Le juge apparaît ainsi comme l'arbitre de la confidentialité[779] garant du respect des droits de la défense[780] et du droit à un recours effectif et à un tribunal impartial[781]. Il n'existe pas en conséquence de règle immuable, l'appréciation se faisant *in concreto*, en prenant soin de faire la balance des intérêts entre les intérêts et droits de chacune des parties et du dommage

[778] Cass Civ 1ère 25 février 2016, n° 14-25.729, jurisdata n° 2016-003097, H.Slim, « Le secret professionnel des avocats et la difficile articulation du principe du contradictoire et du secret d'affaires », JcpG n° 11, 14 Mars 2016, 312 ; B.Belval, « Tout le secret professionnel mais rien que le secret professionnel ! », Gaz. Pal. 19 avril 2016, n°15 page 27 ; Ph.Théry, « Production forcée des pièces : principe de la contradiction et secret des affaires », RTD Civ. 2016 p.439 ; J.-M. Garinot et S. Grayot-Dirx, « Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ? », Gaz Pal n°14, 12 avril 2016, p. 23

[779] Il n'est pas sans rappeler le conseiller en confidentialité prévu par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, chargé de décider du caractère confidentiel de la pièce, de l'opportunité de la communiquer en tout ou en partie et de l'identité des personnes auxquelles elle peut être transmise, évoqué par J.-M. Garinot, in « Le secret des affaires, des limbes juridiques au droit positif », Droit & Patrimoine Septembre 2016, n°261, Analyse – Secret des affaires p.32

[780] Article L.153-1 al1 du code de commerce

[781] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 9.3

susceptible d'être causé par la décision d'octroi ou de refus de protection. Le régime procédural de la protection des secrets d'affaires nous paraît en conséquence cohérent et équilibré, malgré un manque de prévisibilité. La liberté d'entreprendre du détenteur du secret, entendue comme la liberté d'exercer son activité en préservant la confidentialité de ses informations protégées, fonde un régime procédural permettant la protection effective des secrets d'affaire. Celle-ci permet la sanction de comportements contraires aux usages honnêtes en matière commerciale[782] ayant abouti à la divulgation illicite de secrets d'affaires. Une telle protection apparaît alors favorable à la libre concurrence.

158. Conclusion du Chapitre. Les libertés économiques offrent un cadre adapté à la préservation pratique du secret. La liberté contractuelle se présente comme la source de la protection de la confidentialité dans les conventions. En plus du principe général de bonne foi, l'obligation de confidentialité et l'obligation de non-concurrence permettent au détenteur du secret de choisir les modalités de sa protection. Par ce biais, il peut librement exercer son activité comprenant des secrets d'affaires. Dans un cercle vertueux, sa liberté d'entreprendre se voit confortée par la mise en œuvre de sa liberté contractuelle. La limite à ces interactions positives réside dans le respect de la libre concurrence, lorsque l'exercice conjoint de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre a pour objectif de restreindre la concurrence, comme cela peut être le cas dans le cas de convention de *pay for delay*. Le secret est alors instrumentalisé par le contrat au préjudice de la concurrence. Les libertés économiques portent ainsi la faveur mais également les limites de la protection du secret par le contrat.

Leur influence ne cesse pas aux frontières de la convention, mais irradie au contraire les conditions de la préservation du secret hors du contrat. L'usurpation d'un secret d'affaires peut être sanctionnée par différents moyens, civils ou pénaux. Les incriminations pénales, spécifique au secret ou ayant un champ d'application large susceptible de couvrir le détournement ou l'obtention illicite du secret, sont modérément utilisées. Cette situation tient essentiellement au caractère éminemment commercial de l'atteinte subie par la divulgation non autorisée d'un secret d'affaires qui appelle plus une réparation civile qu'une condamnation sociale. La protection civile du secret était toutefois dispersée jusque récemment et concernait des cas particuliers « d'appropriation », notamment par des anciens

[782] Directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires, article 4.2 b/

salariés. La directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites tente d'apporter une réponse à cette situation incertaine. Elle offre ainsi une définition unique des secrets d'affaires, comprenant les savoir-faire et les informations commerciales non divulguées, dans la filiation explicite des renseignements non divulgués visés par l'article 39 des accords ADPIC. Dans un souci d'équilibre, elle tente notamment de concilier la protection des secrets d'affaires avec la liberté d'entreprendre et la libre concurrence. Si elle y parvient dans la définition des secrets d'affaires et dans la volonté affirmée de sanctionner uniquement des agissements illicites[783], le régime de protection choisi met en péril cette construction. Calqué sur la protection des droits de propriété intellectuelle, il aboutit à une protection hybride dont le champ excède parfois à notre sens celui qui devrait être conféré à la simple résultante d'un comportement.

La portée étendue de la protection du secret est également perceptible dans les règles de procédures édictées par la directive n°2016/943 du 8 juin 2016. Suivant l'influence des pratiques des autorités de concurrence, elle prévoit des modalités de préservation du secret dans les instances ayant pour objet la sanction d'une obtention, utilisation ou divulgation illicites. La loi de transposition précise ces dispositions en les inscrivant dans une protection générale des secrets d'affaires dans toutes les procédures, civiles, commerciales ou administratives, faisant preuve d'une audace bienvenue. Ces règles procédurales doivent être appréciées au regard des principes directeurs du procès et du respect des droits de la défense. Elles devront également s'accorder aux pratiques déjà existantes, particulièrement mises en œuvre dans les mesures avant dire droit. Les libertés économiques s'avéreront un guide dans la mise en œuvre de pratiques destinées une protection effective des secrets d'affaires dans respect de la concurrence.

159. Conclusion du Titre. La fonction de transmission d'un message paraît consubstantielle à l'information. Il est néanmoins des circonstances où son détenteur aura à cœur de limiter, voire d'interdire la diffusion de l'information. Il en va ainsi lorsqu'elle est protégée par le secret. Secret de fabrique, savoir-faire ou secret d'affaires se distinguent par des caractères propres et se rejoignent dans une exigence permanente de confidentialité. Imbriqués tels des poupées russes, les secrets préservent l'intégrité de l'information protégée. Ce mode de protection dont l'essence réside dans l'absence de divulgation, est garanti par les libertés

[783] assurant par là-même le principe d'obtention ou d'utilisation licite des secrets d'affaires

économiques. En assurant la conservation de l'information protégée au sein d'un cercle choisi de confidentialité, elles fondent la non-transmission du message en principe, mais également en pratique.

Liberté d'entreprendre, liberté contractuelle et liberté de la concurrence s'allient alors pour former un cadre légitimant le recours au secret par le détenteur de l'information protégée. Au sein des conventions, hors du contrat et dans les procédures, les libertés économiques justifient la préservation du secret dans une subtile mise en balance entre les intérêts en présence. L'adoption de la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires vient à cet égard contribuer à la construction d'un principe de confidentialité. Son régime, calqué sur celui de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle malmène parfois cet équilibre si délicat. Les libertés économiques constituent un référentiel indispensable à l'aune duquel apprécier les applications pratiques du secret afin que la préservation du secret n'aboutisse pas à paralyser toute concurrence et à limiter l'innovation.

Dans cette optique, les libertés économiques peuvent justifier la mise à l'écart du secret puis, dans un mouvement de balancier, commander, à leur tour, la divulgation de l'information protégée dont la transmission s'avèrerait nécessaire à la sauvegarde de la concurrence.

TITRE II

LA JUSTIFICATION DE LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE PAR LES LIBERTES ECONOMIQUES

160. « Pour vivre heureux, vivons cachés ». Si l'adage semble pourvoir s'appliquer à certaines informations protégées susceptibles d'être qualifiées de secrets d'affaires[784], dont le détenteur souhaite préserver la confidentialité, il est des circonstances où leur divulgation devient utile, parfois même impérative pour la préservation de la concurrence. A l'origine dissimulées, les informations protégées connaissent une inversion de perspective pour être expressément diffusées. Cette communication obéit aux impératifs dictés par les libertés économiques, afin que le passage de l'ombre à une lumière parfois forcée respecte les nécessités d'un environnement concurrentiel.

Dans ce cadre, l'exigence de libre concurrence prédomine. Il convient alors de s'interroger sur l'existence ainsi que sur la pérennité de l'autonomie de la volonté des opérateurs économiques dans le choix de divulguer et dans les conditions de divulgation de leurs informations protégées. Cela se traduit en premier lieu par un examen du mécanisme des règlements d'exemption. Ceux-ci procèdent d'une volonté de définir en amont les modalités de la divulgation au regard des impératifs de concurrence (**Chapitre 1**). En second lieu, les libertés économiques justifient l'injonction faite aux opérateurs de donner accès à des informations protégées afin de remédier à une atteinte à la concurrence (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 L'organisation des modalités de la divulgation par les libertés économiques

Chapitre 2 L'injonction du principe de la divulgation par les libertés économiques

[784] Dans le sens le plus large, c'est-à-dire englobant savoir-faire et informations commerciales

CHAPITRE 1
L'ORGANISATION DES MODALITES DE LA DIVULGATION PAR LES LIBERTES ECONOMIQUES

161. Les accords de coopération horizontale[785] sont le siège de la divulgation d'informations protégées[786]. Les lignes directrices sur les accords de coopérations horizontales présentent ces accords comme pouvant « *produire des avantages économiques substantiels* ». Leurs effets ne sont toutefois pas uniquement positifs et la Commission rappelle également qu'ils « *peuvent aussi entraîner des problèmes de concurrence* »[787]. C'est avec ce souci d'un équilibre à rechercher entre le bénéfice des avantages économiques offerts par les accords de coopérations horizontales et la préservation de la concurrence, que la Commission a développé une pratique de règlements d'exemption qui permet de définir en amont « *les conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévues par l'article 85§1 et 2 du traité CEE*[788] [désormais articles 101 §1 et 2 TFUE] » .[789] A l'inverse, les stipulations non conformes aux règlements d'exemption ne sont pas constitutives de restrictions de

[785] Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011, (2011/C 11/01), pt 1 : « *Une coopération est de «nature horizontale» si elle fait l'objet d'un accord conclu entre des concurrents existants ou potentiels. Les présentes lignes directrices couvrent aussi des accords de coopération horizontale entre des entreprises non concurrentes, comme par exemple entre deux entreprises opérant sur les mêmes marchés de produits mais pas sur les mêmes marchés géographiques, tout en n'étant pas des concurrents potentiels.* »

[786] La transmission d'informations protégées (savoir-faire et droits de propriété intellectuelle) est également abordée dans le règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Toutefois, ce règlement ne l'envisage qu'à titre accessoire (Considérant 3 et article 2.3) excluant de son champ d'application les accords dont l'objet principal porte sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, en ce compris le savoir-faire cf A.Lacresse et R. Pihery, « Le savoir-faire et le droit de la concurrence », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.359. En conséquence, le règlement d'exemption n°330/2010 ne définit pas de régime concernant la divulgation de l'information protégée, à l'inverse des accords de coopération horizontale. C'est pourquoi, nous ne l'évoquerons pas ici

[787] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, (2011/C 11/01), précitées, pts 2 et 3

[788] CJCE 18 décembre 1986, aff. C-10/86, VAG France SA c/ Etablissements Magne SA, pt 16, cité in M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligation*s, éd. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, février 2004, n°391 précisant que la solution apportée dans cette décision concernant le règlement d'exemption de la distribution automobile vaut pour l'ensemble des règlements d'exemption catégoriels.

[789] Dans le cas où l'exemption catégorielle ne peut être appliquée, il reste la possibilité pour les opérateurs économiques d'obtenir une exemption individuelle via l'application de l'article 101 §3 TFUE cf C. Prieto « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (Ententes et abus de position dominante) », Petites affiches, 29 novembre 2007 - n° 239 p. 8, permettant par « *Ce mécanisme propre à l'article 81, § 3 CE [de créer] des «* zones de sécurité *» par le jeu de présomption d'innocuité.* »

concurrence au sens de l'article 101 §1 TFUE, mais doivent être examinées individuellement sans bénéficier d'une présomption de bilan économique favorable[790].

Deux règlements d'exemption édictés par la Commission concernent tout particulièrement la diffusion d'informations protégées : le règlement d'exemption définissant un cadre pour les accords de recherche et de développement[791] (**Section I**) et le règlement d'exemption visant les accords de transfert de technologie[792] (**Section II**).

Section I – La divulgation de l'information protégée au sein d'accords de recherche et développement

162. Les libertés économiques forment le socle sur lequel s'appuient les accords de recherche et de développement. Ces conventions donnant lieu à la transmission d'informations protégées, font l'objet d'une règlementation dans un souci de préservation de la libre concurrence. Bien que ces accords aient fait l'objet d'un contentieux réduit[793], des règlements successifs depuis 1984[794], prenant en compte les évolutions juridiques, économiques et comportementales des opérateurs, s'attachent à définir les circonstances dans lesquelles la conclusion d'accords de recherche et de développement n'est pas susceptible de constituer une entente anticoncurrentielle.

Succédant au règlement n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 qui s'écartait d'une approche traditionnelle dite « juridique » énumérant une liste de clauses expressément exemptées, au profit d'une approche plus « économique » fondée sur une exemption générale des conditions dans lesquelles les entreprises concluent des accords de recherche et

[790] Cass Com 16 mai 2018, pourvoi n°16-18174, SAS Coty France – division prestige c/ SA France télévisions et a., commenté par N. Ferrier, « Une restriction caractérisée de concurrence au sens d'un règlement d'exemption n'établit pas nécessairement une restriction de concurrence illicite au sens de l'article 101 §1 TFUE », Jcp E n°31-35, 2 août 2018, 1431

[791] Règlement n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101 § 3 TFUE à certaines catégories d'accords de recherche et de développement.

[792] Règlement n ° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101 §3 TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie

[793] L. Idot, « Adoption des nouveaux textes relatifs aux accords de coopération horizontale », Revue des contrats 1er avril 2011 - n° 2 - page 479

[794] Règlement (CEE) n° 418/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 §3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, ayant expiré le 31 décembre 2000 et auquel a succédé le Règlement (CE) nº 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement ayant expiré le 1 décembre 2010, puis le Règlement n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101 § 3 TFUE à certaines catégories d'accords de recherche et de développement.

développement[795], le dernier règlement d'exemption n°1217/2010 relatif à la catégorie d'accords de recherche et de développement révisé en 2010[796] propose une structure permettant la divulgation d'informations protégées dans une perspective de recherche et développement (**§1**), en précisant, tour à tour, le sort des informations protégées propres, c'est-à-dire détenues par chacune des parties en amont de l'accord (**§2**) ainsi que le sort des résultats issus des recherches communes (**§3**).

§1. Les accords de recherche et développement : un cadre pour la divulgation de l'information protégée

163. La divulgation d'une information protégée dans le cadre d'un accord de recherche et développement est appréciée à l'aune des critères du règlement d'exemption dès lors que l'accord auquel elle est rattachée entre dans son champ d'application (**A**). Ce préalable acquis, il convient d'apprécier dans quelle mesure les libertés économiques influencent les solutions retenues par le règlement d'exemption (**B**). Cela permet notamment d'apprécier la portée du cadre offert par le règlement à la divulgation de l'information protégée (**C**).

A/ L'information protégée dans le champ d'application du règlement

164. Objet de l'accord. Le règlement d'exemption n°1217/2010 définit les accords de recherche et de développement comme « *une décision émanant d'une association d'entreprise ou une pratique concertée* »[797] visant « *l'acquisition d'un savoir-faire relatif à des produits, des technologies ou des procédés, ainsi que la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentations systématiques, y compris la production expérimentale, les tests techniques de produits ou de procédés, la réalisation des installations nécessaires et l'obtention de droits de propriété intellectuelle pour les résultats obtenus* »[798]. Il en résulte que les parties à un tel accord sont conduites à échanger des informations protégées, soit qu'il s'agisse d'acquérir un savoir-faire, soit que l'objectif de la coopération consiste dans la réalisation d'études ou d'expérimentations mettant en œuvre les informations protégées détenues par l'une ou l'autre des parties. De surcroît, les résultats obtenus peuvent également être qualifiés d'informations

[795] Une telle approche s'insérant dans le processus de simplification et de clarification législative entamé par la Commission en 1997 cf Synthèse du règlement n°2659/2000 disponible sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:l26069
[796] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité
[797] *Ibid.*., article 1 – b)
[798] *Ibid.*., article 1 – c)

protégées, comprises comme des données faisant l'objet d'une protection, directe ou indirecte, conférant un avantage concurrentiel à leur détenteur[799]. Les conditions de diffusion de ces informations protégées sont donc au cœur de la pratique de tels accords et doivent être appréhendées par le règlement.

Dans la mesure où les activités décrites comme l'objet du règlement découlent d'un accord entre entreprises[800], elles sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 101§1 TFUE[801] prohibant les ententes, notamment car de tels accords de coopération horizontale peuvent « *entraîner la révélation d'informations stratégiques et accroître ainsi la probabilité d'une coordination entre les parties à l'intérieur ou à l'extérieur du domaine de la coopération* »[802]. La divulgation d'informations protégées dans ce cadre devrait alors être interdite. Toutefois, compte tenu des gains d'efficience apportés par ces accords de coopération, le règlement d'exemption n°1217/2010 définit un certain nombre de conditions qui leur permettent d'échapper à l'interdiction posée par l'article 101§1. L'information protégée peut dans ce cas être divulguée sous réserve que cette communication satisfasse au cadre prévu par le règlement.

165. Cadre de l'accord. Le règlement d'exemption précise les rôle et fonction des parties à l'accord de coopération. Celui-ci peut être conclu dans trois hypothèses. La première concerne la volonté de mettre en œuvre des activités de recherche et développement, spécifiquement rémunérées[803] ou non. La deuxième envisage l'exploitation des résultats,

---

[799] Voir *supra* n°8

[800] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, précitées, (2011/C 11/01), pt 27

[801] Article 101 §1 TFUE : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:*
a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

[802] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, précitées, (2011/C 11/01), pt 35

[803] C'est un des apports du règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010, le considérant 8 expliquant que : « *La coopération en matière de recherche et de développement et en matière d'exploitation des résultats est la plus susceptible de favoriser le progrès technique et économique quand les parties apportent, à titre de contribution à la coopération, des compétences, des actifs ou des activités complémentaires. Cela inclut aussi les scénarios dans lesquels une partie se borne à financer les activités de recherche et de développement d'une autre partie*. »

tandis que la troisième réunit ces deux phases dans un processus[804]. L'introduction dans le règlement d'exemption n°1217/2010 de la recherche « commandée »[805] où le partenariat est essentiellement financier et non technique, s'inscrit dans une logique économique favorable à la liberté d'entreprendre. Le règlement d'exemption bénéficie ainsi aux travaux de recherche qui auraient pu ne pas être entrepris, faute de moyens, sans l'existence d'une partie dont le rôle se limite à financer les recherches.

Les hypothèses entrant dans le champ d'application du règlement d'exemption ainsi définies, il importe de déterminer dans quelle mesure les libertés économiques imprègnent son contenu.

B/ Libertés économiques et règlement d'exemption

166. Règlement et libre concurrence. Le règlement d'exemption n°1217/2010 énonce sans ambiguïté que son objectif est double : faciliter la recherche et le développement d'une part, et assurer une protection efficace de la concurrence[806] d'autre part. La divulgation de l'information protégée envisagée dans les accords de coopération fait ainsi l'objet d'un cadre strict, qu'il s'agisse de l'information détenue en amont des activités de recherche et de développement ou de celle issue en aval des résultats de ces activités, afin que sa communication n'aboutisse pas à restreindre la concurrence. En facilitant la recherche et le développement, le règlement encourage les opérateurs économiques à plus d'innovation et par voie de conséquence à une concurrence accrue sur le marché. La libre concurrence apparaît, tout à la fois, comme le fondement et la clé de voute du règlement d'exemption, qui doit en assurer la préservation sous peine de méconnaître sa raison d'être. Le règlement est également affecté par d'autres libertés économiques, telles la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre.

167. Règlement, liberté contractuelle et liberté d'entreprendre. Les dispositions du règlement ne doivent pas être comprises comme contraignantes[807] et « *affectant directement*

[804] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 1 – a)
[805] MEMO/10/676, 14 déc. 2010
[806] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, considérants 2 et 4
[807] CJCE 18 décembre 1986, aff. C-10/86, VAG France SA c/ Etablissements Magne SA, pt 16, cité in M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », éd. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, février 2004, n°391 précisant que la solution apportée dans cette décision concernant le règlement d'exemption de la distribution automobile vaut pour l'ensemble des règlements d'exemption catégoriels

la validité »[808] de clauses contractuelles. Si un accord de recherche et développement contient une ou plusieurs clauses qui, soit ne sont pas visées par le règlement d'exemption, soit sont constitutives selon ce texte d'une restriction caractérisée[809] ou exclue[810], il n'est pas réputé automatiquement anticoncurrentiel, mais devra être examiné à l'aune des critères de l'article 101§3 TFUE[811]. Le règlement d'exemption ne porte ainsi, en théorie, pas d'atteinte à la liberté contractuelle qui permet aux parties de déterminer librement le contenu de la convention les liant. En pratique toutefois, la tentation sera forte de calquer les clauses d'un accord de coopération sur le texte du règlement d'exemption pour éviter toute contestation.

La rédaction des règlements d'exemption a évolué vers une mise en valeur de l'autonomie de la volonté des parties. Initialement, le règlement n°418/85 de la Commission du 19 décembre 1984 listait expressément les clauses autorisées et les clauses interdites[812], réduisant ainsi la marge de manœuvre des opérateurs dans la conception des stipulations du contrat de partenariat, s'ils entendaient bénéficier de l'exemption conférée par le règlement. Il était ainsi nécessaire que les travaux de recherche et développement soient réalisés dans le cadre d'un programme définissant les travaux et leur domaine, que leurs résultats soient accessibles à toutes les parties, que chaque partie puisse exploiter indépendamment les résultats et les connaissances techniques préexistantes nécessaires à cette fin, etc…[813]. Cette énumération conduisait à la rédaction quasi-obligatoire de clauses reprenant ces exigences. Par ailleurs, le règlement statuait sur le sort d'obligations aboutissant à restreindre la concurrence mais néanmoins admises au regard des gains d'efficacité produits dans le cadre d'un accord de recherche et développement. Il s'agissait notamment de ne pas exercer, individuellement ou avec des tiers, des activités de recherche dans un domaine identique ou similaire à celui de

---

[808] *Ibid.*.

[809] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 5 : restriction faisant échapper tout l'accord à l'exemption.

[810] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 6 : restriction faisant échapper seulement l'obligation en cause à l'exemption, qui peut en revanche bénéficier au reste de l'accord

[811] Article 101 §3 : « *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:*
- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées
qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:
a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

[812] aboutissant à créer un quasi-modèle de contrat à suivre

[813] Règlement n° 418 / 85 du 19 décembre 1984 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 2

l'accord de recherche et développement au cours de l'exécution du contrat, de prévoir un approvisionnement exclusif ou l'interdiction de ventes actives pendant cinq ans sur des territoires visés par une exclusivité, et enfin l'obligation de communication réciproque du savoir-faire acquis dans l'exploitation des résultats et la concession de licences non exclusives de perfectionnement[814]. L'article 5 précisait à ce propos les conditions dans lesquelles les informations protégées des parties devaient être envisagées par l'accord de recherche et de développement afin que leur usage, même contraire à l'article 85 paragraphe 1[815] soit exempté.

Il en résultait la possibilité expresse de prévoir dans l'accord la communication obligatoire d'informations protégées, brevetées ou non, nécessaire à la recherche ou à l'exploitation des résultat, l'obligation de limiter l'utilisation du savoir-faire transmis au programme de recherche convenu et d'en préserver le caractère confidentiel non seulement pendant l'exécution de la convention mais également après son expiration, l'obligation de coopérer en cas de violation des droits de propriété intellectuelle d'une partie et de verser des redevances destinées à compenser des contributions inégales à la recherche et au développement en commun ou une exploitation inégale des résultats issus de celle-ci, etc…[816]

168. Le pendant de ces obligations positives était l'interdiction d'insérer des obligations contraires à l'objectif de préservation de la concurrence qui ne pouvaient en aucun cas bénéficier de l'exemption. Ces clauses touchaient notamment à la liberté d'entreprendre des parties. Etaient ainsi prohibées les stipulations aboutissant à empêcher une partie d'exercer des recherches dans un domaine non lié à celui de l'accord de recherche et développement, de contester après le terme de l'accord la validité des droits de propriété intellectuelle exploités aux fins de la réalisation du programme de recherche ou portant sur les résultats dudit programme, de restreindre la liberté des parties dans le choix des quantités, prix ou clientèle des produits visés au contrat, etc…[817].

En procédant de la sorte, le règlement d'exemption n°418/85 réduisait presque à néant l'autonomie de la volonté des contractants. Les règlements qui lui ont succédé[818] ont en revanche fait primer la liberté des parties dans la composition des obligations des accords en privilégiant une approche économique. Les énumérations de clauses se sont alors limitées à

[814] Règlement n° 418 / 85 du 19 décembre 1984 sur les accords de recherche et développement, précité, article 4
[815] Aujourd'hui article 101§1 TFUE
[816] Règlement n° 418 / 85 du 19 décembre 1984sur les accords de recherche et développement, précité, article 4
[817] *Ibid.*., article 5
[818] Règlement n°2659/2000 du 29 novembre 2000 et Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité

celles qui font perdre le bénéfice de l'exemption, soit à l'accord dans son entier, soit seulement à l'obligation visée. Parallèlement à cette démarche, les règlements postérieurs ont affirmé avec force des principes de nature à préserver la concurrence tels que l'accès illimité aux résultats[819] garantissant de surcroît la liberté d'entreprendre des parties, comprise dans le sens d'exercer librement leur activité. Cette évolution va également de pair avec la sauvegarde de la liberté contractuelle des parties à l'accord de coopération qui voient leur autonomie renforcée, comme en témoigne la transformation de l'obligation initiale de divulgation des droits de propriété intellectuelle en incitation contractuelle[820]. Les libertés économiques teintent ainsi manifestement les choix qui président au contenu du règlement d'exemption. Se pose alors la question de savoir si la portée du règlement en revêt également les couleurs.

C/ La portée du règlement

169. Le règlement d'exemption restreint immédiatement son applicabilité par l'introduction d'un critère lié aux parts de marché et par une limitation temporelle.

170. Règlement et parts de marché. Lorsque les parties ne sont pas concurrentes, aucun critère de part de marché n'est requis, mais l'exemption se trouve circonscrite dans le temps[821]. En revanche, si les parties à un accord de recherche et développement sont concurrentes[822], l'accord ne peut être exempté que si leurs parts de marché cumulées n'excèdent pas 25% à la date de conclusion de l'accord[823]. Ce seuil, pourtant le plus élevé pour les accords de coopération[824], exclut de fait les acteurs des marchés oligopolistiques[825], ce qui paraît très regrettable compte tenu de l'intérêt de la recherche et développement sur de

[819] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 3
[820] Communiqué de la Commission MEMO/10/676
[821] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 4 -2 : « *pendant toute la durée de la recherche et du développement. En cas d'exploitation en commun des résultats, l'exemption continue de s'appliquer pendant une période de sept ans à compter de la date de la première mise sur le marché des produits ou des technologies contractuels au sein du marché intérieur* ».
[822] Concurrents existants ou potentiels, cf Article 1.1 r) du règlement 1217/2010
[823] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, article 4 -1
[824] P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », JcpE n° 20, 20 Mai 2010, act. 271 : « *Cette différence se justifie par le fait que les accords de recherche et de développement peuvent créer des gains d'efficience substantiels dès lors qu'ils stimulent l'innovation* ».
[825] AFEC, « Observations formulées sur la consultation de la Commission sur la révision du régime actuel d'évaluation des accords de coopération horizontale », 28 juin 2010, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/afec_fr.pdf

tels marchés[826]. De surcroît, le critère de part de marché uniforme pour tous les types d'accords de recherche et de développement[827], y compris lorsqu'une des parties à l'accord est uniquement financeur[828], paraît insuffisant notamment concernant « *des marchés qui peuvent être très différents* » et ne permet pas de mesurer l'efficience de l'accord[829]. Il est même qualifié par un auteur de « *ridicule, irréaliste au plan économique* »[830]. La portée du règlement se trouve contrainte par ce seuil en parts de marché, alors même qu'il ne peut être considéré comme parfaitement représentatif pour apprécier la situation d'opérateurs économiques sur un marché donné. Il est regrettable que la Commission persiste dans cette voie, même si elle peut sembler avoir l'avantage de la simplicité dans des domaines en constante mutation.

171. Un règlement à objet limité. La portée du règlement d'exemption a pu également être comprise comme restreinte indirectement dans son objet en raison de l'interprétation donnée par les lignes directrices. Celles-ci énoncent en effet que « *les gains d'efficacité réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence causés par l'accord de R&D* »[831]. Cette exigence rejoint celle de l'article 101§3 TFUE qui autorise une exemption individuelle des accords de coopération à condition qu'ils « *contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du progrès qui en résulte* ». En d'autres termes, les gains d'efficacité résultant de ces accords doivent bénéficier aux consommateurs dans une proportion raisonnable pour que l'application de l'article 101 paragraphe 1 TFUE puisse être écarté. Certains auteurs[832] ont déduit de la formulation *a priori* plus stricte des lignes directrices que la Commission oblige à une répercussion directe des

[826] Sans compter que des acteurs sur ce type de marché ayant une taille modeste peuvent ignorer excéder ces seuils
[827] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes Intentions », JcpE n° 7, 17 Février 2011, 1134
[828] N. Raud et G. Notté, « Adoption du paquet « restrictions horizontales » - Aperçu rapide », JcpE n° 51-52, 23 Décembre 2010, act. 697
[829] AFEC, « Observations formulées sur la consultation de la Commission sur la révision du régime actuel d'évaluation des accords de coopération horizontale », 28 juin 2010, précité
[830] A. Lecourt, « Nouvelles règles européennes de concurrence et lignes directrices applicables aux « accords de coopération horizontale » : de maigres bénéfices et de grosses critiques ! », rlda n°59, avril 2011, Droit économique – Actualités n°3390 p.38
[831] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, (2011/C 11/01), précité, pt 143
[832] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes Intentions », et A. Lecourt, « Nouvelles règles européennes de concurrence et lignes directrices applicables aux « accords de coopération horizontale » : de maigres bénéfices et de grosses critiques ! », précités

gains d'efficacité de l'accord sur les consommateurs sous peine de refus d'exemption. Nous sommes toutefois réservés sur cette interprétation, dans la mesure où le verbe « devoir » utilisé dans les lignes directrices a, selon nous, vocation à être interprété comme un objectif et non comme un préalable, dont la faisabilité au stade de recherche et développement est incertaine.

Il importe désormais d'examiner la manière dont le règlement d'exemption envisage la divulgation de l'information protégée, tant concernant celle propre à chaque partie que celle résultant des recherches conjointes, afin de permettre un équilibre entre protection de la concurrence et encouragement de la recherche[833].

§2. Les accords de R&D : un cadre pour la divulgation de l'information protégée propre à chaque partie

172. Les accords de recherche et de développement peuvent conduire à mettre en œuvre des droits de propriété intellectuelle ou des savoir-faire détenus par l'une ou l'autre des parties en amont du contrat de transfert de technologie. Le règlement d'exemption et les lignes directrices s'intéressent donc aux conditions dans lesquelles ces informations protégées sont transmises, tant lorsque leur divulgation est requise (**A**) et que leur contestation est interdite (**B**) que s'agissant de négocier un accès à un savoir-faire préexistant (**C**).

A/ La divulgation requise des droits de propriété intellectuelle

173. La crainte du *patent ambush*. Dans son projet de règlement publié pour consultation en mai 2010, la Commission avait envisagé d'imposer à chacune des parties avant toute conclusion d'un accord de recherche et de développement la divulgation des droits de propriété intellectuelle pertinents[834], existants ou pendants, « *afin de s'assurer que ces droits n'entravent pas ensuite de manière indue l'exploitation des résultats* ».[835] Cette proposition

[833] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes Intentions », précité : « *La concurrence étant l'un des principaux moteurs de l'innovation, il était important que la Commission trouve le juste équilibre entre la protection de la concurrence et la protection des droits de propriété intellectuelle.* »

[834] E. Dieny, « Règlements communautaires d'exemption : après les accords de distribution, la révision des accords de coopération », ccc n° 8-9, Août 2010, alerte 55

[835] L. Idot, « Adoption des nouveaux textes relatifs aux accords de coopération horizontale », précité

était conçue pour éviter les situations de *patent ambush*[836] où une partie révèle l'existence d'un droit de brevet à un partenaire désormais captif. Il s'agissait d'écarter la possibilité que les droits de propriété intellectuelle puissent constituer un obstacle à l'exploitation des résultats, aboutissant à limiter, voire anéantir tout intérêt de la recherche pour les consommateurs[837]. Face aux de nombreuses critiques recueillies à ce sujet lors de la consultation publique, la Commission a finalement renoncé à cette disposition en faisant primer l'autonomie de la volonté sur une disposition impérative. Il est en effet apparu que « *d'éventuels "patent ambushes" dans le contexte d'accords de R&D peuvent parfaitement être résolus par des arrangements contractuels entre parties* »[838]. Il appartient donc aux parties, pour se prémunir contre de tels comportements, de prévoir contractuellement les conditions d'une divulgation réciproque des droits de propriété intellectuelle relatifs aux travaux de recherche envisagés. Le choix de privilégier une solution contractuelle permet de préserver l'équilibre entre la protection des droits de propriété intellectuelle des parties et la libre concurrence[839]. Les libertés économiques viennent ainsi au secours d'une divulgation de l'information protégée encadrée par le contrat. Une fois assurée la divulgation des droits de propriété intellectuelle utiles aux travaux de recherche et de développement, le règlement d'exemption s'attache à préciser le sort des clauses visant à empêcher toute contestation de leur validité.

B/ L'interdiction de contester les droits de propriété intellectuelle

174. Prohibition des clauses de non-contestation. Le règlement d'exemption énonce que la contestation de la validité des droits de propriété intellectuelle à l'issue des travaux fait partie des restrictions exclues[840]. Il s'agit d'une règle ancienne qui apparaissait déjà expressément dans le règlement 418/85 du 19 décembre 1984. Cette interdiction vaut, qu'il s'agisse de droits de propriété intellectuelle détenus antérieurement aux recherches conjointes ou concernant les résultats desdites recherches.

---

[836] Que l'on rencontre surtout dans les processus de standardisation, voir notamment Comm. UE, déc. 9 déc. 2009, aff. Comp/38.636, Rambus

[837] P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », précité, précisant que cette proposition avait vocation à « *garantir que les droits de propriété intellectuelle d'une partie ne font pas obstacle à l'exploitation des résultats par les autres parties, limitant de la sorte les avantages objectifs pour les consommateurs des activités conjointes de recherche et de développement.* »

[838] MEMO/10/676, 14 déc. 2010

[839] A. Lecourt, « Nouvelles règles européennes de concurrence et lignes directrices applicables aux « accords de coopération horizontale » : de maigres bénéfices et de grosses critiques ! », précité

[840] Règlement n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010, Article 6 a)

Le règlement d'exemption n°1217/2010 propose un assouplissement vis-à-vis de son prédécesseur. Alors que la clause de non-contestation emportait précédemment la perte de l'exemption pour l'ensemble de l'accord, le nouveau régime la qualifie seulement de restriction exclue, caractérisée comme une restriction « relative » par un auteur[841]. Cela signifie qu'elle seule est écartée de l'exemption[842] tandis que le reste de l'accord n'en perd pas le bénéfice[843]. Il reste toujours possible d'envisager une exemption individuelle de la clause sur le fondement de l'article 101§3 TFUE. La Commission semble toutefois très réservée à l'égard de ce type de stipulation qui aboutit à pérenniser des droits de propriété intellectuelle dont la validité est douteuse et donc à limiter l'innovation. Il est donc peu probable qu'elle puisse être interprétée comme promouvant le progrès technique.

175. Clause de non contestation et libertés économiques. Si l'on observe attentivement l'article 6a) du règlement n°1217/2010, il apparaît que l'interdiction de stipuler une clause de non-contestation vise la période « ***après*** *la réalisation des travaux de recherche* » ou « ***au terme*** *de l'accord de recherche et de développement* »[844]. Autrement dit, il s'agit d'une interdiction post-contractuelle visant les droits de propriété intellectuelle préexistants des parties ou issus des résultats. S'agissant de la période contractuelle proprement dite, le règlement n'est pas limpide, mais fait référence article 6 a) *in fine* à la possibilité pour les parties de stipuler la contestation des droits de propriété intellectuelle comme motif de résiliation de l'accord. Nous en déduisons que la clause de non-contestation est également interdite pour la période contractuelle et que face à une contestation de droits par une partie, son cocontractant peut choisir de résilier l'accord. Il n'en reste pas moins que cette formulation manque de clarté.

Cette interprétation est soutenue par les impératifs de libre concurrence et de liberté d'entreprendre qui justifient qu'une interdiction de contester les droits de propriété intellectuelle d'une partie puisse être stipulée[845]. La possibilité de résiliation, quant à elle, préserve la liberté d'entreprendre du détenteur du droit contesté, ce qui lui éviter de se trouver contraint dans une relation contractuelle avec un partenaire défiant. Il apparaît que les

[841] E. Dieny, « Règlements communautaires d'exemption : après les accords de distribution, la révision des accords de coopération », précité
[842] P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », précité
[843] L. Idot, « Accords horizontaux », Europe n° 2, Février 2011, comm. 68
[844] Nous soulignons
[845] Etant précisé que le Conseil de la concurrence comme la Commission ont rappelé « *qu'un droit de propriété industrielle peut être l'outil d'un abus caractérisé lorsque l'usage qui en est fait se situe en dehors du champ de l'objet spécifique de ce droit* » cf Conseil de la Concurrence n°03-MC-02 du 5 mars 2003 citant au pt 24 la décision n°89/205 de la Commission, du 21 décembre 1988, aff. Magill

impératifs des libertés économiques dictent le sort de l'information dont la protection peut être remise en cause au nom de la libre concurrence. Plus que sa divulgation, c'est la nature même d'information protégée qui est soumise aux exigences de la libre concurrence que ne saurait contredire la liberté contractuelle des parties. Suivant cette logique, la liberté contractuelle se résume à la possibilité de prévoir la résiliation de la convention en pareil cas. On observe ainsi la mise en œuvre d'une hiérarchie des libertés économiques, où la liberté contractuelle cède devant l'exigence de libre concurrence. C'est cette dernière également qui commande l'accès au savoir-faire préexistant des parties.

C/ La divulgation du savoir-faire préexistant

176. L'information protégée visée par le règlement d'exemption n'est pas seulement constituée des droits de propriété intellectuelle existants ou pendants. Elle porte également sur les savoir-faire de chacune des parties, préalablement à la mise en œuvre de l'accord de recherche et de développement.

177. Accès au savoir-faire et exploitation des résultats. Le règlement d'exemption requiert un accès au savoir-faire préexistant des parties : tant dans les considérants que dans le corps du règlement[846], il est prévu que lorsqu'aucune exploitation en commun des résultats n'est stipulée, les parties doivent s'accorder mutuellement accès à leur savoir-faire préexistant respectif, à condition qu'il soit indispensable à l'exploitation des résultats. Deux conditions à une mise à disposition du savoir-faire doivent donc être satisfaites. En premier lieu, aucune exploitation en commun des résultats n'a été décidée par le contrat. Il en découle une incertitude pour les parties qui souhaiteraient pouvoir faire usage des résultats à l'issue du contrat, mais qui ne peuvent, en l'état de l'accord, connaître les conditions d'un tel usage. Ensuite, le savoir-faire dont la communication est requise doit être nécessaire à l'exploitation des résultats. L'accès organisé par le règlement d'exemption ne saurait engendrer une « récupération » des informations protégées qui ne seraient pas indispensables à l'exploitation des résultats. C'est donc dans un objectif de préservation de l'innovation et de la liberté d'entreprendre des parties que le règlement impose l'accès au savoir-faire préexistant, afin que les résultats de la recherche puissent effectivement être exploités et ne restent pas lettre morte.

[846] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, Considérant 12 et Article 3.3

178. Contrepartie de l'accès au savoir-faire. Le règlement précise pour cela les conditions dans lesquelles pareille communication de savoir-faire est envisagée : reprenant en filigrane les exigences de licence FRAND[847], il indique que le prix de la « licence » ne doit pas empêcher l'accès à ce savoir-faire[848]. Une différence de locution apparaît toutefois entre le considérant 12 et l'article 3 du règlement, le premier citant le « *montant du droit de licence* » tandis que le second vise le « *montant de l'indemnisation* ». Autant l'expression désignant le « montant du droit de licence » fait écho à l'hypothèse d'une clause de transmission de savoir-faire préexistant[849], autant l'utilisation du concept d'indemnisation paraît déconcertante. Il ne s'agit pas en effet d'indemniser une partie en réparation d'une quelconque atteinte à ses droits, mais bien de verser une contrepartie en échange de la possibilité d'usage d'une information protégée. Il eut été préférable de choisir le terme plus neutre de « contrepartie de la mise à disposition du savoir-faire », dont les modalités sont définies par les parties en application de la liberté contractuelle, sous la seule réserve de l'effectivité de la transmission. Outre l'influence exercée sur la divulgation des informations protégées de chacune des parties, les libertés économiques inspirent les dispositions consacrées à la protection des résultats en aval des recherches.

§3. Les accords de R&D : un cadre pour la divulgation de l'information protégée résultant des recherches communes

179. Les accords de recherche et de développement ont vocation à mettre au jour de nouvelles technologies, de nouveaux savoir-faire aboutissant à la création de nouvelles informations protégées. Plusieurs parties étant à l'origine de ces informations, l'accès aux résultats (**A**) ainsi que leur exploitation (**B**) sont des questions qui doivent être abordées par le contrat sous peine de laisser les parties dans l'incertitude sur l'étendue de leurs droits.

[847] Fair Raisonnable And Non Discriminatory
[848] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, Considérant 12 et Article 3.3
[849] Bien que la locution ne soit pas des plus heureuses dans la mesure où il ne peut s'agir à proprement parler de licence de savoir-faire, celui-ci ne faisant pas l'objet d'un droit

A/ L'accès aux résultats.

180. Divulgation des résultats et libertés économiques. En aval des recherches conjointes, le règlement d'exemption impose un accès illimité aux résultats[850], fondé sur les libertés économiques. Le règlement précise même que cette divulgation doit avoir lieu sans délai, « *dès que ces résultats finaux sont disponibles* »[851]. Cette mise à disposition de l'information protégée est l'un des aspects majeurs du règlement qui demeure inchangé[852]. Il est en effet essentiel que les parties à l'accord de recherche et développement bénéficient de ses résultats. A défaut, leur liberté d'entreprendre s'en trouverait atteinte : ils ne pourraient pas exercer librement leur activité en prenant en compte ces informations protégées, alors même qu'ils sont à l'origine du développement des résultats. La libre concurrence serait pareillement diminuée du fait de l'empêchement d'une partie de mettre en œuvre les informations protégées obtenues.

181. Restriction d'accès aux résultats. Lorsque l'exploitation des résultats est conjointe, la divulgation de l'information protégée ne pose pas de question. En revanche, si l'une des parties ne prend pas part à cette exploitation, l'accord ne doit pas restreindre l'accès aux résultats de telle sorte que l'ensemble des parties soient en mesure de les utiliser pour des recherches complémentaires. L'article 3.2 du règlement d'exemption admet deux tempéraments à cette règle : d'une part « *lorsque les parties limitent leurs droits d'exploitation des résultats, (...) l'accès aux résultats dans un but d'exploitation peut être limité* » et, d'autre part, dans le cas de recherches commandées, sans participation à l'exploitation des résultats. Ces deux cas ont pour trait commun une exploitation des résultats limitée, voire nulle. La limitation d'accès aux résultats apparaît alors comme la conséquence de celle des droits d'exploitation qui est librement consentie par les parties. Dans la seconde hypothèse, « *les instituts de recherche, les centres universitaires ou les entreprises (...) peuvent en outre convenir de limiter leur utilisation desdits résultats à des fins de recherches complémentaires* ». En d'autres termes, dans le cas d'une recherche rémunérée, la partie qui exécute les travaux sur une base commerciale peut non seulement s'engager à ne pas exploiter les résultats, mais également à n'en faire usage qu'à l'occasion d'études complémentaires. En

[850] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, Considérant 11 et Article 3.2
[851] *Ibid.*.
[852] E. Dieny, « Règlements communautaires d'exemption : après les accords de distribution, la révision des accords de coopération », précité

conséquence, s'il est prohibé de ne pas divulguer les résultats *inter partes*, le règlement admet que la finalité de cette divulgation puisse être conditionnée.

L'accord de recherche et de développement peut alors stipuler une contrepartie en échange de l'accès aux résultats dans un but de travaux de recherche complémentaires ou d'exploitation. A l'instar de ce qui a été évoqué concernant la divulgation du savoir-faire préexistant[853], il nous semble inopportun de parler à cet égard « *d'indemnisation* », dans la mesure où il ne s'agit pas de la réparation à une atteinte, mais d'une contrepartie librement décidée par les parties sous la seule condition qu'elle n'affecte pas la réalité de la transmission de l'information. Dans le souci d'envisager tous les aspects de la divulgation des résultats, le règlement d'exemption aborde ensuite la question des licences concédées à ce sujet.

B/ Les licences concédées sur les résultats.

182. Licence à des tiers. La divulgation des résultats passe également par la mise à l'écart des clauses imposant de ne pas octroyer de licences « *de production des produits contractuels ou d'utilisation des technologies contractuelles à des tiers* »[854] : ces clauses ne sont pas interdites en tant que telles, mais elles ne peuvent bénéficier de l'exemption[855]. Cette obligation peut toutefois être admise si l'accord « *prévoit l'exploitation par au moins une des parties des résultats des activités conjointes ou rémunérées de recherche et de développement et que cette exploitation s'effectue au sein du marché intérieur vis-à-vis de tiers* »[856]. Autrement dit, si l'exploitation des résultats est prévue par une partie *a minima*, il est possible d'interdire de concéder des licences à des tiers. En revanche, si aucune des parties n'est censée exploiter les résultats, elles ne peuvent interdire que des tiers le fassent par le biais d'une licence.

183. Une licence au bénéfice des consommateurs. Le bénéfice des consommateurs est au cœur de cette disposition : le règlement d'exemption étant construit suivant la logique de l'article 101 §3 TFUE, il importe que l'accord visé réserve « *aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». Un accord de recherche et de développement interdisant

[853] Voir *supra* n°176

[854] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, Article 6 b)

[855] Il s'agit de la seconde restriction exclue qui ne fait pas perdre le bénéfice de l'exemption au reste de l'accord cf L. Idot, « Adoption des nouveaux textes relatifs aux accords de coopération horizontale », précité

[856] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, Article 6 b)

l'octroi de licence sur des résultats qui ne seraient par ailleurs pas exploités par les parties irait à l'encontre de cette exigence dans la mesure où les consommateurs ne pourraient profiter des avancées de produits ou de technologies, issues des travaux de recherche. La libre concurrence devant profiter aux consommateurs apparaît comme le point cardinal du règlement d'exemption[857]. Les libertés économiques encadrent en conséquence la divulgation de l'information protégée afin qu'elle puisse bénéficier *in fine* au consommateur.

L'intérêt de celui-ci se trouve alors mis en balance avec l'exigence de liberté des opérateurs économiques, qui ne peuvent notamment voir restreinte leur liberté de poursuivre des activités de recherche et de développement[858]. La divulgation de l'information protégée est alors véritablement ceinte par les libertés économiques dans le cadre des accords de recherche et de développement. La même logique est suivie dans le cadre des accords de transfert de technologie pour lesquels un règlement d'exemption a également été élaboré par la Commission.

Section II – La divulgation de l'information protégée au sein d'accords de transfert de technologie

184. Un transfert de technologie peut se définir comme la divulgation d'une technologie à un partenaire, associée à l'autorisation de l'exploiter[859]. Le règlement n°316/2014 de la Commission relatif à l'application de l'article 101 paragraphe 3 à des catégories d'accords de transfert de technologie a été adopté le 21 mars 2014 sur le fondement du règlement 19/65/CEE [860] « *qui autorise la Commission à appliquer, par voie de règlement, l'actuel article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des catégories d'accords relevant a priori du paragraphe 1^er^ de cet article, prohibant les*

[857] Et du droit antitrust en général cf C. Prieto « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (Ententes et abus de position dominante) », Petites affiches, 29 novembre 2007 - n° 239 p. 8 : « *la vocation de l'antitrust était bien de protéger le bien-être du consommateur et non la situation des concurrents.* »

[858] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 sur les accords de recherche et de développement, précité, Article 5 a) : dans un autre domaine ou dans le même domaine ou un domaine lié à l'issue de recherche commandée ou conjointe ; voir également P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », précité

[859] H. Gicquiaux, « Considérations pratiques sur la protection des secrets des affaires dans le transfert de technologie », rlda juin 2017 – supplément au n°127, Colloque - La croissance économique des actifs n°6246, p. 10, citant Transfer of technology, SCP/14/4 Rev.2, 26 oct. 2011, Standing Committee on the Law of Patents, et Technology Transfer Desk reference : A Comprehensive Guide to Technology Transfer, octobre 2013, 6e éd., Federal Laboratory Consortium for Technology Transfer

[860] Visa du règlement n°316/2014

ententes anticoncurrentielles »[861]. Il se substitue aux règlements n°772/2004 du 28 avril 2004 ayant lui-même succédé au règlement n°240/96 du 31 janvier 1996 concernant les accords de transfert de technologie et en amont aux règlements n°556/89 du 30 novembre 1988 visant les accords de « licence de savoir-faire »[862] et n°2349/84 du 23 juillet 1984 portant sur des accords de licences de brevets.

Le règlement n°316/2014 doit répondre à deux exigences : « *assurer une protection efficace de la concurrence* » et une sécurité juridique suffisante aux entreprises[863]. Edicté sous l'impératif de préservation de la concurrence, il présente les conditions dans lesquels un accord de transfert de technologie doit permettre de faire usage d'informations protégées en y étant favorable[864]. Mêlant les problématiques de propriété intellectuelle, de concurrence et de technique contractuelle dans l'objectif notamment de sauvegarder l'incitation à innover[865], le règlement n°316/2014 prévoit un cadre strict (**§1**) pour la transmission de l'information protégée propre à une ou aux deux parties (**§2**) et aborde également le sort de l'information protégée issue de l'accord de transfert de technologie (**§3**).

§1. Les accords de transfert de technologie : un cadre pour la divulgation de l'information protégée « aux fins de la production de produits contractuels »

185. Le règlement d'exemption concernant les accords de transfert de technologie s'inscrit dans la volonté de poursuivre la modernisation du droit de la concurrence européen par une analyse plus économique des pratiques[866]. Dans un souci de clarification, le champ d'application du règlement a été précisé (**A**), laissant percevoir l'influence exercée par les libertés économiques (**B**). Il en résulte une portée du règlement circonscrite par différentes limites (**C**).

---

[861] J. Passa, « Le nouveau règlement d'exemption par catégories d'accords de transfert de technologie », Revue des contrats – 1er décembre 2014 n° 04

[862] Formulation utilisée par la Commission, visant expressément *« des catégories d'accords de licence de savoir-faire »*

[863] Règlement (UE) n°316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, Considérant 3

[864] Commission Européenne - communique de presse du 21 mars 2014, IP/14/299

[865] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Considérant 15

[866] L. Idot, "Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », RTD Eur. 2014 p.943 ; voir également J.Passa, « Droit de la propriété industrielle », tome 2, édition JGDJ 2013, pt 604 faisant valoir que « *l'approche abstraite et juridique de l'exemption, impliquant de longues et fastidieuses listes de clauses a fini par montrer ses limites, car les longueurs et complexité de ces textes ne garantissaient pas pour autant ka sécurité juridique des opérateurs.* »

A/ Le champ d'application du règlement

186. Sujets du règlement. Conformément à l'habilitation donnée à la Commission par le règlement n°19/65/CEE du 2 mars 1965 de déclarer l'article 101 paragraphe 1 inapplicable à certaines catégories d'accords « *auxquels ne participent que deux entreprises* »[867], le Considérant 6 du règlement n°316/2014 précise que celui-ci « *ne doit couvrir que les accords de transfert de technologie entre un donneur de licence et un preneur de licence* ». Le règlement d'exemption vise ainsi exclusivement les accords bipartites. Lorsque plus de deux parties sont en jeu, le règlement d'exemption n°316/2014 ne s'applique pas, à l'exception notable de l'hypothèse des entreprises liées[868]. La question de transfert de technologie entre de multiples contractants est toutefois devenue d'une acuité certaine et c'est pourquoi, en dépit de l'inapplicabilité de principe du règlement, les lignes directrices afférentes examinent les *pools* de brevets, définissant les conditions de leur admissibilité au regard du droit de la concurrence[869].

187. Objet du règlement. Le règlement n°316/2014 couvre « les accords de transfert de technologie ». Selon l'article 1er c) du règlement d'exemption, une telle convention se définit comme un « *accord de concession de licences de droits sur technologie conclu entre deux entreprises aux fins de la production de produits contractuels* » ou « *la cession de droits sur technologie entre deux entreprises aux fins de la production de produits contractuels lorsque le cédant continue de supporter une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie* ». La formulation de « droits sur technologie » ne permet pas de saisir de prime abord l'objet de l'accord et nécessite une clarification. Celle-ci est notamment apportée par une définition subséquente énoncée par l'article 1er b) du règlement[870]. Il en résulte qu'un droit sur technologie s'entend du « *savoir-faire ainsi que les droits suivants, ou une combinaison de ces droits, de même que les demandes ou demandes d'enregistrement de ces droits: i) les brevets; ii) les modèles d'utilité; iii) les droits des dessins et modèles; iv) les topographies de produits semi-conducteurs; v) les certificats de protection supplémentaire pour produits pharmaceutiques ou pour d'autres produits pour lesquels de tels certificats de protection*

[867] Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, Article 1er

[868] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 1er -2/ : « *aux fins du présent règlement, les termes « entreprise », « donneur de licence » et « preneur de licence « comprennent leurs entreprises liées respectives* », définies ensuite.

[869] Sur les *pools* de brevets, voir *infra* Section II Chapitre 1 Titre II Partie 2

[870] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 1er b) : « «droits sur technologie»

supplémentaire peuvent être obtenus; vi) les certificats d'obtention végétale; et vii) les droits d'auteur sur logiciels ». Au-delà de cette question, deux éléments caractérisent un accord de transfert de technologie au sens du règlement. Le premier concerne la conclusion d'une convention proprement dite, tandis que la seconde porte sur l'objet spécifique du contrat, dédié à la transmission d'une technologie.

188. Un contrat. L'article 1er du règlement d'exemption reprend la définition des accords de l'article 101 paragraphe 1 TFUE. Il en résulte que les conventions visées par le règlement peuvent être « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées* ». En pratique toutefois, seuls sont concernés les « accords entre entreprises »[871]. Le règlement affine même cette catégorie en indiquant expressément qu'un accord de transfert de technologie est une licence ou une cession. Un cadre contractuel précis est donc requis pour la mise en œuvre du règlement, dont le seul aménagement concerne le caractère éventuellement oral[872], aucun écrit n'étant requis pour l'appréciation des conventions[873].

189. Un transfert. Les lignes directrices tentent de clarifier le concept de transfert de technologie qui conditionne impérativement les conventions intéressées. Elles énoncent que « *la notion de* «transfert» *implique que la technologie doit passer d'une entreprise à une autre* »[874]. A l'instar du professeur Kovar, il nous semble que le « *sens juridique du terme "passer" est trop incertain et doit être précisé* »[875]. Pour ce faire, les lignes directrices n'offrent pas de définition du terme en tant que tel, mais reprennent la liste de contrats emportant transfert selon le règlement dans une démarche téléologique. Pour que le transfert soit effectif, il importe que le preneur obtienne le « *droit d'utiliser [les] droits sur technologie* »[876]. La transmission de ce droit d'usage se traduit le plus souvent par la conclusion d'une licence. Mais le règlement l'admet également dans l'hypothèse d'une

[871] R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, JCl Brevets, 5 Décembre 2014 mis à jour le 27 Août 2015, n°27
[872] L'accord peut prendre la forme d'un contrat, éventuellement verbal cf CJCE, 20 juill. 1978, aff. 28/77, Tepea c/ Commission n°41
[873] Même si en pratique, les accords de transfert de technologie sont des contrats écrits
[874] Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, (2014/C 89/03) du 28 mars 2014, pt 51
[875] R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, précité, pt 32
[876] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 51

cession, à condition toutefois que *« le cédant continue de supporter une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie »*[877]. Les lignes directrices illustrent cette exigence par un exemple suivant lequel le prix de la cession est fonction de la quantité de produits ou d'opérations réalisés grâce à la technologie[878].

L'énumération des types de contrat[879] auxquels le règlement est susceptible de s'appliquer n'est pas limitative : les lignes directrices indiquent que les accords de non-revendication[880], de règlement[881] et de sous-traitance[882] peuvent également être considérés comme emportant transfert de technologie. La Commission estime aussi dans ses lignes directrices que « *l'exploitation ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une intégration d'actifs* »[883]. Un accord de non-revendication permet ainsi au preneur de licence d'exploiter sa propre technologie en éliminant le risque d'un recours du donneur pour violation de ses droits. Il crée une « *une liberté de conception* » pour le preneur[884].

190. Objet du transfert. Le règlement d'exemption ne s'applique cependant pas à tous les transferts de technologie. Il vise exclusivement les contrats dont l'objectif est « *la production de produits contractuels* »[885], définis comme des « *biens et les services produits à l'aide des droits sur technologie concédés, c'est-à-dire tant les cas dans lesquels la technologie concédée est utilisée au cours du processus de production que ceux dans lesquels elle est intégrée au produit lui- même* »[886]. Il doit exister un lien direct et étroit entre les droits concédés et les produits contractuels[887]. Il se traduit par l'utilisation de la technologie au cours du processus de production ou par son insertion dans le produit fini.

Si la condition essentielle de production de produits contractuels est remplie, le règlement d'exemption peut s'appliquer aux contrats qui comprennent d'autres obligations, telles que l'exigence pour le preneur de licence d'instaurer un système de distribution et d'imposer

[877] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 1er c) ii)
[878] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 52
[879] Constituée de la référence aux contrats de licence ou de cession
[880] Par lesquels le donneur s'engage à ne pas exercer ses droits sur technologie contre le preneur
[881] « *moyen légitime de trouver un compromis mutuellement acceptable en cas de litige juridique de bonne foi* », cf Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 235
[882] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 64
[883] *Ibid..,* pt 59
[884] *Ibid..*
[885] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 1er c)
[886] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 61
[887] *Ibid..*

certaines obligations à ses revendeurs, sous réserve du respect des conditions énumérées dans le règlement n°330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales[888]. En d'autres termes, des pans accessoires au transfert de technologie aux fins de production de biens ou services identifiés, soit en amont *via* de la recherche et du développement[889], soit en aval concernant la distribution des produits[890], ne font pas obstacle à l'exemption de l'accord par le règlement[891]. Il importe toutefois de distinguer dans ce cas ce qui relève de l'accessoire et du principal. A cet égard, il peut être délicat de déterminer le centre de gravité exact de l'accord. S'il est en effet admis que la convention puisse comporter des volets accessoires, son but doit rester la production de biens ou de services, sous peine d'être exclue du champ d'application du règlement, pour lequel l'influence des libertés économiques est patente.

B/ Les libertés économiques et le règlement n°316/2014

191. L'objectif du règlement n°316/2014 présenté comme impératif[892] est double : sauvegarder la concurrence et garantir la sécurité juridique des entreprises. Le règlement d'exemption doit ainsi assurer la protection de la concurrence en général et des opérateurs économiques en particulier.

192. Protection de la concurrence et libertés économiques. Par principe, « *le bénéfice de l'exemption par catégorie repose sur une présomption de bilan économique positif* »[893]. La protection de la concurrence doit être efficace[894] et le règlement postule à cette fin que les accords de transfert de technologie répondent à cette demande. Ils améliorent en effet « *généralement l'efficience économique et favorisent la concurrence, dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence*

[888] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Considérant 6
[889] *Ibid.*., Considérant 7 ; également Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 65
[890] Qu'il s'agisse des modalités de distribution, d'achat de produits par le preneur de licence ou la concession ou cession d'autres droits de propriété intellectuelle ou savoir-faire
[891] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 2 -3.
[892] Il est inscrit dès le 3ème considérant, après l'indication du fondement juridique du règlement (considérant 1) et l'historique des règlements sur les transferts de technologie (considérant n°2), et constitue une obligation (« Le présent règlement **doit** satisfaire à deux exigences » - nous soulignons)
[893] R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, précité, pt 62
[894] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Considérant 3

sur les marchés de produits »[895]. Autrement dit, le règlement d'exemption, en favorisant la conclusion de licences, permet une optimisation de la recherche et la propagation des technologies. Il se présente comme un vecteur en faveur de la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques qui peuvent ainsi renforcer leurs recherches grâce aux licences conclues dans ce cadre, aboutissant *in fine* à la mise sur le marché de nouveaux produits. Le règlement d'exemption s'inscrit dans un cercle vertueux en faveur de la concurrence et de la liberté d'entreprendre. Il convient toutefois de souligner, dès à présent, que cet élan se trouve limité par le règlement lui-même qui inscrit précisément les conditions dans lesquelles doivent être échangées certaines informations protégées[896]. Ce faisant, il cantonne l'autonomie de la volonté des opérateurs économiques à un cadre prédéterminé.

193. Sécurité juridique et libertés économiques. Le règlement d'exemption requiert que soit fournie aux entreprises une sécurité juridique « *suffisante* ». Cet adjectif éminemment conjoncturel ne donne guère d'indication sur la portée réelle de la sécurité juridique conférée par le règlement. Celle-ci est en effet délicate à apprécier. Abandonnant la mécanique des anciens règlements listant les clauses autorisées et les clauses interdites, au profit de la mention des seuls clauses faisant perdre l'exemption pour le contrat dans sa totalité ou pour la seule l'obligation litigieuse, le reste de la convention bénéficiant toujours de l'exemption, le règlement trace en creux un modèle de contrat de transfert de technologie. Il existerait alors une sorte de « trame négative » de contrat que les parties seraient invitées à respecter si elles souhaitent bénéficier de l'exemption. Pour tout ce qui n'est pas expressément exclu, la liberté contractuelle reprend ses droits[897] parallèlement à une disparition des « contrats standards »[898]. Il est toutefois possible de s'interroger sur la réalité de la pratique contractuelle. Les restrictions écartées du bénéfice de l'exemption couvrent les paramètres essentiels du contrat[899] : prix, volume de production, clientèle, sort des améliorations,

[895] *Ibid.*., Considérant 4. Voir également Commission Européenne - communique de presse du 21 mars 2014, IP/14/299 : *« L'octroi de licences contribue à la diffusion de l'innovation et permet aux entreprises de proposer de nouveaux produits et services. Il renforce également les incitations à mener des activités de recherche-développement en créant de nouveaux flux de revenus pour récupérer les coûts. L'octroi de licences joue donc un rôle important pour la croissance économique et le bien-être des consommateurs*. »

[896] Voir *infra* §2 et §3 sur le sort des informations propres aux parties et des perfectionnements

[897] L. Idot, « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », LPA n°22, 2005, p5

[898] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », éd Bruylant 2014 n°411

[899] Qui peuvent être fixées dans le but de préserver l'innovation cf règlement n°316/2014, considérant n°15 : « *Afin de sauvegarder l'incitation à innover ainsi qu'une application appropriée des droits de propriété intellectuelle, certaines restrictions doivent être exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie. Doivent notamment en être exclues certaines obligations de rétrocession exclusive et les clauses de non-contestation.*

contestation des droits de propriété intellectuelle et capacité d'exploitation des résultats. En conséquence, la liberté laissée aux parties se réduit dans les faits à des ajustements tenant à la situation particulière des parties mais ne touche pas le cœur de la convention. En contrepartie d'une liberté contractuelle contrainte par le corset du règlement d'exemption, les opérateurs économiques peuvent bénéficier d'une sécurité juridique « *suffisante* ». Mais dès lors que cette sécurité juridique[900] ne repose que sur une présomption d'efficience économique qui supporte la preuve contraire[901], le prix de cette sécurité nous paraît bien élevé, sans compter la portée strictement entendue du règlement.

C/ La portée circonscrite du règlement

Le règlement n°316/2014 porte en son sein un certain nombre de limites qui en circonscrivent la portée.

194. Parts de marché. Le règlement d'exemption expose ainsi dans son cinquième considérant que la prévalence des effets positifs des accords de transfert de technologie sur d'éventuels effets anticoncurrentiels dépend du « *pouvoir de marché des entreprises concernées* »[902]. Dès lors, à l'instar de ce qui existe pour les accords de recherche et développement[903] et de façon plus générale dans tous les règlements d'exemption depuis les années 2000[904], le règlement n°316/2014 limite son application aux opérateurs économiques dont les parts de marché ne dépassent pas certains seuils. Le règlement distingue pour cela si les entreprises sont concurrentes[905] ou non[906]. La part de marché tolérée est ainsi non seulement supérieure dans le second cas mais encore appréciée à titre individuel, tandis

---

Lorsqu'une telle restriction est incluse dans un accord de licence, seule la restriction en question doit être exclue du bénéfice de l'exemption par catégorie. »

[900] Qui ne s'adresse qu'à certaines entreprises en dessous des seuils de parts de marché définis par le règlement

[901] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 6 : retrait individuel

[902] *Ibid.*., considérant n° 5 : « *La probabilité que ces effets favorables à l'efficience et à la concurrence l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords de transfert de technologie dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, de la mesure dans laquelle elles sont confrontées à la concurrence d'entreprises détenant des technologies de substitution ou d'entreprises fabriquant des produits de substitution*. »

[903] Voir *supra* Section I

[904] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°389,390 et 400

[905] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, considérant n° 10 : *« lorsque la **part cumulée des parties** sur les marchés en cause ne dépasse pas 20 %* » (nous soulignons), et article 3.1

[906] *Ibid.*., considérant n° 11 : *« lorsque la **part individuelle détenue par chacune des parties** sur les marchés en cause ne dépasse pas 30 %* » (nous soulignons) et article 3.2

qu'elle est appréhendée de manière cumulée lorsque l'accord est conclu entre concurrents. Cette différence d'appréciation s'explique par une probabilité moindre d'effets anticoncurrentiels résultant d'un accord entre opérateurs non concurrents.

L'usage du seul critère des parts de marché ne paraît toutefois pas suffisant pour refléter la réalité dudit marché. Il présente en effet un certain nombre d'inconvénient. Outre le fait qu'il soit considéré comme « peu fiable » dans les secteurs à évolution rapide[907], il est d'application concrète délicate, le calcul des parts de marché n'étant pas toujours chose aisée. Cette estimation s'effectue à partir des données relatives à la valeur des ventes sur le marché, ou à défaut, « *sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché* »[908]. Il est néanmoins nécessaire pour cela que telles informations existent[909]… Enfin, le critère de parts de marché exclut de fait les entreprises en situation d'oligopole du champ d'application du règlement d'exemption ce qui semble fort dommageable dans une perspective de promotion de l'innovation. De la même manière, s'agissant de sociétés leaders sur un marché de niche disposant d'un chiffre d'affaires modéré, la pratique montre qu'elles n'ont pas conscience de ne pouvoir bénéficier du règlement du fait de l'évaluation de leurs parts de marché, dépendant davantage de la structure du marché que de leur chiffre d'affaires réduit[910].

La mise en œuvre du seul critère des parts de marché aboutit alors à restreindre la liberté d'entreprendre pour des entreprises innovantes. Les accords de transfert de technologie auxquelles elles sont parties, sont soumis aux aléas d'une appréciation individuelle au regard du droit de la concurrence, quand bien même de tels accords ne comporteraient aucune des restrictions visées dans le règlement d'exemption. Face à une telle insécurité juridique, les opérateurs économiques peuvent se voir contraints de renoncer à conclure des accords de transferts de technologie pro-concurrentiels par crainte d'une sanction *a posteriori*.

---

[907] E. Dieny, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », RLC Juillet - Septembre 2014, n° 40, p. 17, Pratiques anticoncurrentielles n° 2565, citant le §162 in fine des lignes directrices : « *Les parts de marché ne constituent toutefois jamais qu'un facteur parmi d'autres de l'appréciation de la position sur le marché. Par exemple, notamment dans le cas des marchés de technologies, les parts de marché peuvent ne pas toujours être un bon indicateur de la puissance relative de la technologie en question et les chiffres des parts de marché peuvent varier considérablement selon les différentes méthodes de calcul.* »

[908] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 8

[909] R. Milchior, « Nouveau règlement d'exemption relatif aux accords de transfert de technologie : un texte au milieu du gué », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.132

[910] R. Milchior, « Nouveau règlement d'exemption relatif aux accords de transfert de technologie : un texte au milieu du gué », précité

195. Limitation temporelle. Le règlement n°316/2014 ne prévoit pas de durée maximale d'exemption pour les accords de transfert de technologie qui entrent dans son champ d'application. L'exploitation des « droits sur technologie » peut donc aussi bien être à durée indéterminée qu'à durée déterminée et bénéficier de l'exemption aussi longtemps que l'accord existe. Le règlement prévoit toutefois une limite temporelle à l'exemption qui reste inchangée[911] au regard du précédent règlement n°772/2004 : « *l'exemption s'applique tant que les droits sur technologie concédés n'ont pas expiré, ne sont pas devenus caducs ou n'ont pas été invalidés ou, dans le cas du savoir-faire, tant que celui-ci demeure secret* »[912]. A cet égard, si le savoir-faire est rendu public par le preneur de licence, l'exemption s'applique pendant toute la durée de l'accord[913] . A l'inverse, si le savoir-faire est rendu public du fait du donneur de licence, l'accord ne bénéficie plus de l'exemption.

Outre la validité des « droits sur technologie concédés », la durée de l'exemption prend en compte le maintien des parties sous les seuils de parts de marché édictés par le règlement. Si le seuil de 20% ou 30% est dépassé au cours de l'exécution de la convention, le règlement dispose que l'exemption s'applique pendant les deux années civiles consécutives suivant l'année au cours de laquelle le seuil a été franchi pour la première fois[914]. Cette extension bienvenue permet d'assurer une certaine sécurité juridique aux parties. Elle ne résout toutefois pas la question de la pérennité d'accords dont la durée serait nettement supérieure aux deux années suivant le franchissement du seuil. Une appréciation individuelle de l'accord[915] serait alors requise.

La sécurité juridique offerte aux parties par le règlement est ainsi nettement soumise à l'exigence de préservation de la concurrence, car si la première doit être « *suffisante* »[916], la protection de la concurrence doit être « *efficace* »[917]. La libre concurrence prime alors la liberté d'entreprendre des parties.

196. Rapports avec les autres règlements. L'article 9 du règlement n°316/2014 règle la question des relations avec d'autres règlements d'exemption en postulant qu'il ne s'applique pas aux « *arrangements de licence* » dans les accords de recherche et développement ou de

[911] E. Dieny, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », précité
[912] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 2.2
[913] *Ibid.*., Article 2.2 in fine
[914] *Ibid.*., Article 8 e)
[915] Comportant un aléa
[916] Avec la part d'incertitude liée à cet adjectif
[917] Telle une obligation de résultat

spécialisation, renvoyant aux règlements d'exemption spécifiques à ce type d'accords[918]. Si la lettre de cet article ne semble souffrir aucune contradiction, son application pratique peut toutefois être délicate. Certains accords emportant transfert de technologie sont en effet concédés afin de permettre au preneur de mener des activités de recherche et de développement. Les licences octroyées dans ce cadre ou celui d'une sous-traitance de recherche-développement ne sont pas couvertes par le règlement n°316/2014 en ce qu'elles ont pour objet la « *fourniture de services de recherche-développement destinés à améliorer la technologie, par opposition à la production de biens et de services sur la base de la technologie concédée* »[919]. Mais, dans le cas d'accords complexes comportant une phase de recherche et développement et une phase de production de produits, il pourra être difficile de déterminer le centre de gravité entre la concession de licence pour des activités de recherche et la concession de licences pour la production de produits, issus de ces recherches. Cela n'est pas sans conséquence dans la mesure où il appartient aux parties de déterminer elles-mêmes les règlements applicables et de vérifier si elles y satisfont. Or, ceux-ci prévoient des conditions d'applicabilité distinctes avec des seuils de parts de marchés différents, en sus d'une appréciation spécifique des clauses interdites propre à chaque règlement d'exemption. Contrainte par un aléa originel, la sécurité juridique offerte par l'application des règlements d'exemption s'en trouve diminuée.

197. Accords exclus. Le règlement d'exemption 316/2014 prévoit également plusieurs hypothèses dans lesquelles il ne peut trouver à s'appliquer en aucun cas. En premier lieu, le règlement n°316/2014 concerne les accords de transfert de technologie conclus aux fins de la production de produits contractuels[920]. En conséquence, il est nécessaire que le contrat envisage la production de biens pour qu'il puisse entrer dans le champ d'application du règlement. Cette exigence se comprend à travers l'objectif revendiqué de protection efficace de la concurrence par le règlement[921] : à défaut d'exploitation des technologies concédées, il n'existe pas d'activité renforçant l'efficience économique. Les gains d'efficacité étant absents de l'accord, l'exemption ne se justifie pas[922]. Suivant cette logique, le règlement écarte les

[918] Règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 pour les accords de recherche et de développement et Règlement N°1218/2010 pour les accords de spécialisation
[919] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 66
[920] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 1 c)
[921] *Ibid.*., Considérant 3
[922] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 59

accords dont l'objet se limite à la concession de licence[923] ainsi que ceux consistant à « *bloquer le développement d'une technologie concurrente* »[924] qui n'ont pas d'autre finalité que stratégique[925].

Ensuite, le règlement exclut de son champ d'application les accords dont l'objet est la reproduction et la distribution pures et simples de produits logiciels protégés par des droits d'auteur[926]. Cette exclusion[927] ne tient pas à la nature de la technologie, celle-ci englobant les logiciels depuis 2004[928], mais au mécanisme à l'œuvre dans ces accords. La convention ayant pour objectif « *la production de copies destinées à être revendues* » s'assimile à un accord de distribution et non de production au sens du règlement n°316/2014[929]. A l'inverse, lorsque le logiciel sous licence est incorporé dans le produit contractuel avec lequel le logiciel interagit, il s'agit alors véritablement de production[930] et le règlement n°316/2014 trouve pleinement à s'appliquer.

La détermination de l'applicabilité du règlement d'exemption 316/2014 s'avère ainsi délicate dans des situations où l'objet de l'accord, tout en étant proche d'un transfert de technologie, revêt d'autres caractéristiques susceptibles d'influer sur cette qualification. Une fois celle-ci opérée, le règlement apporte en revanche un cadre clair pour la divulgation de l'information protégée détenue par chacune des parties.

[923] *Ibid.*., pts 56 et 60, ainsi que le Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Considérant n°7. Voir *infra* sur la question des pools de brevet, concession de licences multipartites abordée par lesdites lignes directrices

[924] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 59

[925] *Ibid.*., pt 62

[926] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Considérant 7

[927] Nouveauté du règlement n°316/2014 par rapport à ses prédécesseurs cf E. Dieny, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », précité

[928] C. Maréchal, « Application du droit des ententes aux accords de transfert de technologie : se méfier des eaux qui dorment ! », ccc n° 8-9, Août 2014, alerte 45

[929] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 62

[930] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 63

§2. Les accords de transfert de technologie : un cadre pour la divulgation de l'information protégée propre aux parties

198. L'article premier du règlement n°316/2014 précise les « *droits sur technologie* » susceptibles de faire l'objet d'accords de transfert de technologie exemptés au titre dudit règlement. Il s'agit du savoir-faire, des brevets, des modèles d'utilité, des droits des dessins et modèles, des topographies de produits semi-conducteurs, des certificats de protection supplémentaire pour produits pharmaceutiques ou pour d'autres produits pour lesquels de tels certificats de protection supplémentaire peuvent être obtenus, des certificats d'obtention végétale et des droits d'auteur sur logiciels[931]. Autrement dit, le règlement s'applique en principe à tout droit de propriété intellectuelle[932] à vocation « technique »[933] ainsi qu'au savoir-faire, compris à cette occasion dans la dénomination « *droits sur technologie* »[934]. Outre la définition des droits sur technologie, le règlement précise leurs conditions d'exploitation (**A**), ainsi que le sort qui doit être réservé aux contestations de ces droits (**B**).

A/ L'exploitation de l'information protégée propre aux parties

199. Afin de préserver la libre concurrence et la liberté d'entreprendre des parties à un accord de transfert de technologie entrant dans le champ d'application du règlement n°316/2014, certaines clauses de nature à aliéner ces libertés sont écartées du champ de l'exemption.

200. Exploitation en propre par des entreprises concurrentes. Lorsque les parties sont des entreprises concurrentes, l'article 4 du règlement écarte l'application de l'exemption aux accords comprenant « *la restriction de la capacité du preneur de licence à exploiter ses propres droits sur technologie ou la restriction de la capacité de l'une des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement* »[935]. En d'autres termes, l'insertion d'une clause limitant la faculté d'une partie à exploiter ses informations protégées ou à faire de la recherche, atteignant ainsi fortement sa liberté d'entreprendre, a pour conséquence le refus

[931] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 1er. 1 b/ i) à vii)
[932] Le droit d'auteur étant toutefois limité à l'hypothèse où il s'applique à un logiciel
[933] Le droit d'auteur n'étant envisagé que concernant la protection des logiciels
[934] Il est possible de s'interroger sur le bien-fondé de cette dénomination, le savoir-faire ne conférant pas de droit, encore que cette question puisse être discutée au regard de la directive sur les secrets d'affaires
[935] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 4.1 d)

d'application du règlement d'exemption à l'ensemble de l'accord. Le caractère restrictif de concurrence de la stipulation contamine alors toute la convention.

La notion de « capacité » évoquée par l'article 4 du règlement est assez floue et devrait être précisée. A défaut, il est possible de l'envisager dans tous ses aspects : devraient alors être exclues toutes limitations contractuelles, financières, matérielles, etc… du preneur d'user de sa technologie et de poursuivre ses activités de recherche et de développement. Quel que soit l'aspect de la restriction retenu, cette interdiction a pour effet de préserver la liberté d'entreprendre des parties ainsi que la libre concurrence. Les lignes directrices évoquent à cet égard le fait que les stipulations amenuisant les possibilités pour une partie soit d'user de ses droits de propriété intellectuelle et savoir-faire, soit de poursuivre des travaux de recherche, ont pour conséquence la réduction de la compétitivité de la technologie en cause et par voie de conséquence une diminution de la concurrence sur les marchés existants et potentiels, en dissuadant l'opérateur d'investir dans l'amélioration de ladite technologie[936]. Les efforts d'innovation des parties s'en trouveraient de surcroît anéantis.

201. Exception au principe. Il existe toutefois une exception notable à l'exclusion par le règlement de la clause limitant la capacité des parties à utiliser leurs droits sur technologie ou à effectuer de la recherche et développement. De telles restrictions sont envisageable à condition que cela soit indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers[937]. Autrement dit, la préservation du secret prime la liberté d'usage du savoir-faire[938]. Un tel choix ne laisse pas de surprendre, s'agissant particulièrement de l'admissibilité d'une restriction d'utilisation de sa propre technologie. Il s'explique cependant par le fait que l'accord de transfert de technologie a pour objet le transfert d'un « droit sur technologie », en l'espèce un savoir-faire dont la pérennité serait mise à mal si une telle restriction d'usage n'existait pas. Or, sans savoir-faire, le contrat de transfert de technologie serait dénué d'objet et de tout intérêt. C'est donc dans l'idée de protéger non seulement l'objet, mais l'économie même de l'accord, que le règlement d'exemption admet cette exception. Le règlement ne

[936] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 116

[937] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 4.1 d) *in fine*

[938] M. Vivant, « Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention sous l'emprise du droit communautaire », in Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention – Actes de Colloque de l'Académie des sciences et de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 mars 2005 sous la responsabilité scientifique du C. Balizot-Hazard, édition Institut de France 2006, p.120 : « *la préservation du savoir-faire étant quelque chose de légitime, une telle restriction peut être justement introduite si la recherche en cause pouvait avoir pour effet de rendre un tel savoir-faire (en l'occurrence « concédé à des tiers ») susceptible de divulgation.* »

précisant pas les conditions d'admissibilité d'une telle restriction, il nous semble qu'elles doivent être strictement entendues et définies dans le contrat sous peine d'aliéner la liberté d'entreprendre du preneur de licence.

202. Exploitation en propre par des entreprises non concurrentes. On retrouve la même exclusion[939] d'une limitation de la capacité du preneur d'exploiter ses droits de propriété intellectuelle et savoir-faire lorsque les parties à l'accord ne sont pas concurrentes. Dans une telle hypothèse toutefois, ce n'est plus l'accord dans son ensemble qui est exclu du bénéfice de l'exemption, mais uniquement la clause en question[940].

Cette différence de traitement se comprend par la distinction que le règlement fait entre entreprises concurrentes et non concurrentes. Nous avons vu qu'une telle clause portait atteinte à la liberté d'entreprendre des parties et à la libre concurrence. Cet effet est démultiplié dans le cas de concurrents car la restriction de concurrence concerne des opérateurs agissants sur le même marché. En d'autres termes, la clause aboutit à diminuer d'une part le développement de l'innovation par la réduction de la recherche, et d'autre part la concurrence par la réduction de la compétitivité du preneur, au sein du marché sur lequel opère son co-contractant. S'agissant d'entreprises non concurrentes, l'atteinte à la concurrence engendrée par la stipulation n'a pas la même portée car les opérateurs n'agissent pas sur le même marché. Eu égard à cette situation particulière, la limitation d'exploitation de ses droits ou de sa faculté de recherche imposée au preneur de licence n'aura pas pour conséquence le bénéfice direct pour son co-contractant d'une position concurrentielle avantageuse dont l'origine se trouve dans la stipulation litigieuse. Le règlement adapte donc son appréciation à la situation spécifique des entreprises non concurrentes. Il exclut toujours la clause[941] mais sans que l'atteinte à la concurrence ne rejaillisse sur l'accord dans son ensemble. Les lignes directrices précisent alors que les restrictions d'usage des droits de propriété intellectuelle ou savoir-faire du preneur n'auront pas d'effet négatif automatique sur la concurrence et doivent faire l'objet d'une appréciation individuelle[942].

[939] Avec la même exception

[940] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, Article 5.2

[941] Car il n'est pas admissible que les parties voient restreinte leur liberté d'usage de leur « droit sur technologie ». A titre d'exemple, la clause imposant au preneur de verser des redevances sur la base des produits fabriqués à l'aide de sa propre technologie est exclue de l'exemption en ce qu'elle limite la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie cf Lignes directrices 2014 § 142

[942] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 141

A cet égard, les lignes directrices précisent que l'obligation imposée au preneur de verser des redevances sur la base des produits qu'il fabrique à l'aide de la technologie concédée, ainsi que sur la base de ceux qu'il n'obtient qu'à partir de sa propre technologie, « *limitera généralement sa capacité à exploiter sa propre technologie* » et sera donc exclue du champ d'application de l'exemption par catégorie[943]. De la même manière, lorsqu'il n'existe que très peu de technologies disponibles sur le marché, toute restriction empêchant des parties ayant les actifs et les compétences nécessaires de mener des activités de recherche et développement indépendantes peut restreindre la concurrence. Dans une telle hypothèse, la clause limite une source d'innovations potentielles sur le marché. A ce titre, il est probable qu'elle ne puisse bénéficier de l'exemption individuelle au titre de l'article 101 paragraphe 3 TFUE. En revanche, lorsque les technologies disponibles sont en nombre et que les parties ne disposent ni de compétence ni d'actifs notables, la clause restreignant leur capacité de recherche et développement pourrait sans doute être exemptée au titre de l'article 101 paragraphe 3 TFUE. Il serait en effet possible qu'elle engendre dans ces circonstances particulières des gains d'efficacité tenant à la diffusion de la technologie par le preneur qui se concentrerait sur son exploitation et son développement, sans tenter de devenir un nouveau concurrent à l'issue de travaux de recherches parallèles[944]. Nous sommes réservés sur cette proposition dont la portée nous semble très réduite. D'une part, elle admet que les restrictions de recherche et développement puissent être exemptées à la condition qu'elles s'appliquent à des parties qui n'ont pas les compétences ou les actifs pour effectuer de tels travaux. Autrement dit, la clause de restriction n'a aucune signification pratique. D'autre part, les gains d'efficacité envisagés nous paraissent discutables en ce qu'ils mettent en avant l'absence de concurrence exercée par le preneur au bénéfice de la diffusion de la technologie. La primauté de cette transmission sur l'exigence de concurrence s'explique dans le cas présent où de nombreuses technologies sont censées être mises à disposition et où il existe déjà en conséquence une forte concurrence entre elles. Il conviendrait cependant de préciser à partir de combien d'alternatives technologiques, leur diffusion justifie une restriction de concurrence.

Outre la question de l'usage en propre d'un « droit sur technologie » par chacune des parties, il est nécessaire d'aborder l'hypothèse dans laquelle le « droit sur technologie » est exploité par l'autre partie dans le cadre de l'accord de transfert de technologie et l'impact sur cette exploitation d'une contestation dudit droit.

[943] *Ibid.*., pt 142
[944] *Ibid.*., pt 143

B/ La contestation du droit sur l'information protégée propre aux parties

203. La contestation du « droit sur technologie » peut s'envisager sous deux angles distincts. Le premier concerne la validité du droit et les conséquences d'une éventuelle décision concernant sa pérennité sur la teneur des contreparties prévues à son usage (**i**). La contestation peut également porter sur les conditions d'exploitation du « droit sur technologie », en particulier à l'issue du contrat[945].

i) La contestation du droit sur technologie

204. Clause de non contestation. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le contrat prévoit une stipulation prohibant toute faculté pour le preneur de contester avant le terme de la convention, la validité du « droit sur technologie » concédé[946]. Il n'est pas surprenant que le sort d'une telle clause intéresse le droit de la concurrence[947]. D'une part, le maintien d'un brevet invalide est anticoncurrentiel[948] en ce qu'il offre un monopole injustifié à un bien immatériel qui ne réunit pas les conditions de la protection revendiquée. D'autre part, il n'est pas question d'accorder une exemption à des accords comprenant la concession de droits invalides, susceptibles de ce fait de limiter l'incitation à innover[949]. En effet, s'il s'avérait que l'objet de la licence est un droit de propriété intellectuelle nul, le preneur se trouverait non seulement contraint par le cadre de la licence limitant sa liberté d'exploitation mais également par le versement de redevances injustifiées[950] compte tenu de l'invalidité du titre concédé. Il

---

[945] Qu'il s'agisse du terme naturel ou d'un terme provoqué

[946] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, considérant 15 ; article 5 1/ b) et Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, points 133 et suivants

[947] Ainsi que le droit des brevets cf M. Vivant, « Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention sous l'emprise du droit communautaire », in Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention – Actes de Colloque de l'Académie des sciences et de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 mars 2005 sous la responsabilité scientifique du C. Balizot-Hazard, édition Institut de France 2006, p.114 : « *cette condamnation de la clause de non-contestation me paraît résulter de l'esprit même des droits qui nous occupe. (…) On ne peut prétendre jouer du pouvoir qu'offre un brevet que si ces conditions sont effectivement remplies. Et prétendre empêcher qu'un contrôle en soit fait, c'est sans doute accepter une illégitime atteinte à la concurrence, mais c'est tout autant nier l'institution du brevet dans son principe* ».

[948] R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, précité, n°79, voir également Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, précitées, pt 134 ; E. Dieny, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », précité ; L. Idot, "Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », revue des contrats, septembre 2014, n°3

[949] L. Idot, "Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », précité

[950] Sur la question des redevances en cas de titre invalide, voir *infra* n°205 et suivants

est donc dans l'intérêt de la concurrence et de l'innovation de ne pas voir perdurer des droits de propriété intellectuelle douteux[951]. Le quinzième considérant du règlement n°316/2014 fait à cet égard valoir que certaines restrictions doivent être exclues afin de « *sauvegarder l'incitation à innover ainsi qu'une application appropriée des droits de propriété intellectuelle* » : il ne peut être interdit au preneur, qui est le plus à même de déterminer si un droit de propriété intellectuelle est valable[952] de remettre en cause sa validité s'il l'estime litigieuse, afin d'éviter la pérennisation de droits contestables. La raison d'être de l'exclusion des clauses de non-contestation est donc la préservation de la concurrence et par voie de conséquence la liberté d'entreprendre du preneur qui ne doit pas se trouver contrainte par un droit qui s'avérerait nul. Dans le cas où la contestation du droit de propriété intellectuelle aboutirait à l'annulation de celui-ci, se pose la question du sort des redevances perçues antérieurement.

205. Redevances et inexistence du droit concédé. La question des redevances perçues est plus large que la seule contestation des droits. Elle s'articule autour de deux hypothèses : lorsque des redevances sont dues après l'expiration du droit de propriété intellectuelle, alors que ce dernier est tombé dans le domaine public, et lorsque que des redevances ont été versées avant l'annulation du droit concédé. Dans le premier cas, le droit a pleinement existé mais sa durée de validité a expiré. Dans le second, le droit est réputé n'avoir jamais existé.

206. Redevances et expiration du droit concédé. Dans le cas de l'arrivée du terme du droit de propriété intellectuelle avant celui de la convention, l'arrêt Ottung a depuis fort longtemps précisé qu'une obligation contractuelle de verser des redevances postérieurement à l'expiration du droit de propriété intellectuelle n'était pas anticoncurrentiel en soi[953]. Cette solution, surprenante au regard du droit des contrats[954], se comprend dans la mesure où l'économie du contrat peut justifier le paiement de redevances, même après que le droit de propriété intellectuelle soit tombé dans le domaine public. En d'autres termes, la contrepartie du versement des redevances s'apprécie au regard de l'ensemble des éléments de la

[951] Dec. Comm. 13 décembre 1985, Royon c/ Meilland , 85/561/CEE pt 23, cité par J.Passa, « Droit de la propriété industrielle », tome 2, édition JGDJ 2013 pt 606 : *« le maintien d'une concurrence libre et, éventuellement, l'annulation d'un droit exclusif qui aurait été attribué à tort sont d'intérêt public et cela l'emporte sur toute considération concernant les relations privilégiées entre parties à un contrat de licence* »

[952] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt134

[953] CJCE 12 mai 1989, C-320-87, Kai Ottung v/Klee & Weilbach A/S et Thomas Schmidt A/S, Pt 15

[954] En ce que la contrepartie de l'obligation du versement des redevances n'existe plus du fait de l'expiration du droit

convention et non pas seulement de l'autorisation d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle. L'hypothèse la plus fréquente concerne des contrats complexes qui comprennent outre l'autorisation d'exploiter un droit de propriété intellectuelle, un transfert de savoir-faire, une assistance technique… qui justifient le paiement de redevances. La Cour de justice, dans l'arrêt Ottung, évoque également à ce titre « *un jugement d'ordre commercial sur la valeur attribuée aux possibilités d'exploitation conférées par l'accord de licence* »[955]. La décision Ottung précise enfin[956] que la faculté de résiliation du licencié est de nature à exclure du champ d'application de l'article 85 paragraphe 1 du traité[957], l'obligation de payer des redevances pendant toute la durée du contrat, y compris postérieurement à l'expiration du droit de propriété intellectuelle concédé. Le licencié qui estimerait que le versement de redevances ne se justifie plus peut dans ce cas résilier le contrat à tout moment, sans autre contrainte que le respect d'un préavis raisonnable.

D'un strict point de vue pratique et pour éviter toute contestation ultérieure, il sera bienvenu de préciser, dans la clause relative aux redevances, le montant correspondant à chaque poste : contrepartie de l'autorisation d'exploitation d'un brevet, rémunération de l'assistance technique, prix de l'avantage commercial concédé…[958] Le montant des redevances versées pourra alors évoluer au cours de l'exécution du contrat, notamment s'il n'y a plus d'assistance technique ou si le brevet arrive à expiration. La liberté contractuelle des parties prend à cet égard tout son sens, leur permettant de moduler au plus près de leurs besoins les stipulations relatives aux modalités, durée et contrepartie des redevances. Une telle prévision est en revanche impossible lorsque la cause de la disparition du droit n'est pas son terme mais son annulation. Elle aboutit en effet à remettre en cause le bien-fondé du versement des redevances *ab initio*.

207. Redevances et annulation du droit concédé. L'annulation d'un brevet est susceptible d'engendrer l'annulation du contrat de licence[959] dudit brevet pour défaut d'objet[960] et par

[955] CJCE 12 mai 1989, C-320-87, Kai Ottung v/Klee & Weilbach A/S et Thomas Schmidt A/S, précité, pt 11
[956] *Ibid.*., pt 13
[957] Désormais article 101 paragraphe 1 TFUE
[958] L. Sautter, « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.350
[959] L'annulation du contrat n'est pas automatique : elle doit être demandée lors d'une action spécifique en annulation
[960] Voir notamment TGI Paris 10 septembre 2015, 3ème chambre 1ère section, n°RG : 13/12618, Sa Van Robaeys Freres c/ Messieurs Thierry D'A et Albert P ; CA Grenoble 16 juin 2003, 1ère chambre civile, n°RG : 01/02301, SA Stilo et SA Anro Plastiques c/ Monsieur Michel B et a. ; voir également J. Passa, « Les redevances de licence dues après l'annulation du brevet en droit de la concurrence », Prop. Ind. n° 10, Octobre 2016, étude 19

voie de conséquence la restitution de toutes les sommes versées en application du contrat déclaré nul[961]. Selon le professeur Raynard, la question des restitutions des prestations exécutées en application d'un contrat déclaré nul est toutefois plus complexe dans la mesure où « *la restitution des redevances versées appellerait en écho une restitution plus délicate : celle du temps de jouissance de la chose* (…) [Or,] *nul ne peut restituer le temps de jouissance paisible de la chose dont tous pouvaient croire qu'elle était louée* »[962]. La Cour de cassation admet que les redevances versées dans le cadre d'un contrat de licence de brevet postérieurement annulé puissent avoir une autre cause que la seule autorisation d'exploitation du brevet[963] et restent dues en conséquence malgré l'annulation du brevet. Il importe à cet égard de qualifier précisément la teneur de la cause « subsidiaire ». Le professeur Raynard évoque « *l'avantage commercial procuré au licencié par l'apparence du titre délivré* »[964]. Un jugement du 12 janvier 2017[965], le Tribunal de grande instance de Paris mentionne : « *l'exclusivité consentie, qui peut exister indépendamment, de tout de droit de propriété intellectuelle, du savoir-faire effectivement transmis et utilisé qui a une valeur économique indépendamment de sa protection ou du simple bénéfice d'image lié à l'invocation d'un titre de propriété intellectuelle qui peut, tant qu'il est valable, être déterminante d'un acte d'achat accompli par un tiers* ». Dans une telle hypothèse, la solution retenue autorise le maintien de redevances en contrepartie de la seule apparence de validité du titre préalablement à son annulation. S'il est factuellement possible que la détention d'un titre nul puisse jouer en faveur de son détenteur sur le marché[966], il paraît surprenant qu'une telle solution puisse recevoir une consécration juridique. Le droit commun de la nullité exigerait à l'inverse une restitution totale des sommes versées. Il faut alors comprendre la solution retenue par la Cour de cassation comme le résultat d'une analyse se fondant sur une interprétation extensive de l'objet de la licence, prenant en considération l'ensemble de l'économie de la convention, au-

[961] CA Grenoble 16 juin 2003, n°RG : 01/02301, précité : « *Comme l'ont justement relevé les premiers juges, l'annulation des trois contrats de sous-licence emporte restitution par la S.A.R.L. BABAZ CONCEPTION des sommes versées par la SA ANRO PLASTIQUES en application de ces trois conventions* » (pourvoi formé par Monsieur Michel B. rejeté par la décision Cass Com 26 février 2008, n°05-18.569)

[962] J. Raynard, « L'obligation contractuelle de payer des redevances au titre d'une exploitation qui n'est pas couverte par le brevet », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2016, étude 23

[963] Voir notamment Cass Com 28 Janvier 2003, n°00-12.149, Société New Holland France et autre c/ société Greenland France et autre, Bull. civ. 2003, IV n° 11 p.12 au visa des articles L613-27 du CPI et 1134 du code civil : « *l'invalidité d'un contrat de licence résultant de la nullité du brevet sur lequel il porte, n'a pas, quel que soit le fondement de cette nullité, pour conséquence de priver rétroactivement de toute cause la rémunération mise à la charge du licencié en contrepartie des prérogatives dont il a effectivement joui, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

[964] J. Raynard, « L'obligation contractuelle de payer des redevances au titre d'une exploitation qui n'est pas couverte par le brevet », précité

[965] TGI Paris, 3ème chambre 1ère section, 12 janvier 2017, RG n°15/09231, M. Bon c/ SARL Thierart

[966] En dissuadant certains de ces concurrents de proposer des produits similaires dont ils craindraient qu'ils ne contrefassent le droit de propriété intellectuelle

delà de la seule autorisation d'exploitation du titre. Il nous semble néanmoins que la contrepartie de la seule apparence de validité ne devrait pas être la même[967] que celle d'un droit parfaitement valable et que si le versement des redevances devait être maintenu, il ne devrait s'agir que d'une quote-part. Cette proposition est toutefois soumise à la condition que les parties aient prévu une stipulation *ad hoc*.

208. La solution consacrée au niveau européen par le récent arrêt Genentech du 7 juillet 2016[968] se veut plus exhaustive mais souffre d'un manque de clarté et d'un raisonnement *a fortiori*[969] qui nous paraît inadéquat[970]. Elle se fonde à cet égard sur la décision Ottung précitée, alors même que les hypothèses en cause sont nettement distinctes. L'arrêt Genentech rappelle que la « *redevance constitue le prix à payer pour exploiter commercialement la technologie sous licence avec l'assurance que le concédant n'exercera pas ses droits de propriété industrielle* »[971]. Si cette affirmation est justifiée dans le cas où les droits de propriété intellectuelle sont en vigueur, il n'en va plus de même lorsqu'ils sont annulés ou même lorsqu'ils sont expirés. Bien que ces deux hypothèses soient distinctes, leur résultat est identique. Lorsque les droits de propriété intellectuelle sont annulés ou arrivés à leur terme, la redevance ne peut plus être la contrepartie de l'assurance que le concédant n'exercera pas ses droits. Faute d'existence, *ab initio* ou à l'issue du terme, le concédant ne peut invoquer de droit à l'égard de son co-contractant. Tout opérateur économique est libre d'en disposer[972] car ces informations relèvent désormais du domaine public. Les redevances prévues dans le contrat doivent être justifiées par une autre cause que la seule autorisation d'exploitation des droits de propriété intellectuelle[973]. En tout état de cause, il ne nous semble pas possible d'adhérer à la position du Tribunal de grande instance de Paris qui, poussant le raisonnement de la décision Genentech à son paroxysme, en conclut que « *la demande en paiement des*

[967] Soit l'ensemble des redevances perçues

[968] CJUE 7 juillet 2016, C-567/14, Genentech Inc. v/ Hoechst GmbH et Sanofi Aventis Deutschland GmbH

[969] C. Maréchal, « La clause imposant le paiement de redevances même en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet et l'article 101 TFUE » - Observations sous Cour de justice de l'Union européenne, 7 juillet 2016, aff. C-567/14, Dalloz IP/IT 2016 p.485

[970] Nous suivons à cet égard la position du professeur Passa, in « Les redevances de licence dues après l'annulation du brevet en droit de la concurrence », Prop. Ind. n° 10, Octobre 2016, étude 19

[971] CJUE 7 juillet 2016, C-567/14, Genentech Inc. v/ Hoechst GmbH et Sanofi Aventis Deutschland GmbH, pt 40

[972] J. Passa, « Les redevances de licence dues après l'annulation du brevet en droit de la concurrence », précité

[973] cela ne remettant pas en cause les redevances perçues antérieurement à l'expiration des droits, fondées sur leur mise à disposition tant qu'ils étaient en vigueur

redevances est indépendante des demandes reconventionnelles en nullité des brevets français et européen qui ne sont pas de nature à y faire obstacle »[974].

La Cour de justice ne se fonde toutefois pas sur cet aspect du litige et se concentre à l'inverse sur la possibilité de résiliation du contrat par le licencié en faisant valoir que dès lors que le licencié dispose d'une faculté de résiliation[975], il n'y a pas de restriction de concurrence[976]. Si d'un strict point de vue concurrentiel, nous comprenons l'intérêt de la faculté de résiliation pour le licencié lui permettant de mettre fin à une relation contractuelle qu'il estimerait contraire à ses intérêts[977], nous ne pouvons suivre l'argumentation de la Cour concernant le paiement de redevances relatifs à droits de propriété intellectuelle annulés. La Cour de justice énonce : « *l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, au titre d'un accord de licence tel que celui en cause au principal, il soit imposé au licencié de payer une redevance pour l'utilisation d'une technologie brevetée pendant toute la période d'effectivité de cet accord, en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet sous licence, dès lors que le licencié a pu librement résilier ledit accord moyennant un préavis raisonnable* »[978]. Sauf à ce que les redevances couvrent d'autres aspects en plus de l'autorisation d'exploitation des droits de propriété intellectuelle concédés, l'obligation de verser des redevances dans le cas où les droits concédés ont été annulés est dénuée de contrepartie. Dès lors, l'obligation pour le licencié de payer pour utiliser une technologie dont les autres opérateurs économiques pourront faire usage gratuitement car aucun droit de propriété intellectuelle afférent ne sera en vigueur, nous semble anticoncurrentielle[979]. Elle restreint de surcroît de manière injustifiée la liberté d'entreprendre du preneur.

Le Professeur Raynard[980] justifie toutefois la position de la Cour de justice en estimant que « *l'objectif de libre concurrence est mis au service exclusif de l'intérêt du consommateur et ne sert plus à préserver la position d'un opérateur économique sur le marché* ». Dès lors, le versement de redevances pour un brevet nul n'affecte pas le consommateur qui bénéficie au

[974] TGI Paris, 3ème chambre 1ère section, 12 janvier 2017, RG n°15/09231, précité

[975] La faculté de résiliation permettant dans ce cas d'instaurer une « trêve temporaire » entre les parties, peu important que les brevets soient expirés ou non exploités cf C. Maréchal, « La clause imposant le paiement de redevances même en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet et l'article 101 TFUE », précité

[976] Quelle que soit l'approche retenue de la restriction de concurrence, l'arrêt mentionnant aussi bien « la liberté d'action du licencié » que les « effets de verrouillage du marché » cf [976] L. Idot, « Accord de licence et paiement de redevances », Europe n° 10, Octobre 2016, comm. 354

[977] Notamment en l'obligeant à verser des redevances qu'il estimerait indues

[978] CJUE 7 juillet 2016, C-567/14, Genentech Inc. v/ Hoechst GmbH et Sanofi Aventis Deutschland GmbH, pt 43

[979] J. Passa, « Les redevances de licence dues après l'annulation du brevet en droit de la concurrence », précité

[980] J. Raynard, « L'obligation contractuelle de payer des redevances au titre d'une exploitation qui n'est pas couverte par le brevet », précité : « *le désavantage commercial individuel que procure au licencié l'obligation contractuelle au paiement élargi de redevances ne paraît pas devoir se traduire par un effet négatif sur le marché en tout cas susceptible d'affecter le consommateur* »

contraire d'une concurrence accrue résultant de l'entrée des tiers sur le marché grâce aux revendications du brevet tombées dans le domaine public. Nous sommes très réservés sur cette position. Les bénéfices potentiels perçus par le consommateur n'étant pas à notre sens l'objectif de la libre concurrence mais une conséquence de celle-ci, il ne nous paraît pas opportun qu'ils servent de facteur déterminant de la qualification d'une atteinte à la concurrence. Par ailleurs, la concurrence en elle-même se trouve atteinte par l'imposition d'une obligation inique. La liberté contractuelle des parties, à l'origine de la stipulation litigieuse, ne peut à notre sens justifier une telle atteinte.

Au regard de ses conséquences, il n'est pas surprenant que le régime des clauses de contestation évolue au gré des circonstances mises en exergue[981]. L'exclusivité est l'un de ces facteurs.

209. Exclusivité et non-contestation. Suivant son objectif de préservation de la concurrence, la Commission a décidé, lors de la révision du règlement n°772/2004 ayant abouti au règlement n°316/2014, de supprimer la possibilité offerte au donneur de résilier le contrat de transfert de technologie en cas de contestation des droits par le preneur. Le règlement fait toutefois une distinction en distinguant les caractéristiques des licences. Concernant les licences exclusives, le nouveau texte continue à exempter les clauses de résiliation[982]. S'agissant en revanche des licences non exclusives, toute clause prévoyant une faculté de résiliation du donneur en cas de contestation des droits concédés par le preneur[983] est désormais exclue du bénéfice de l'exemption et doit en conséquence faire l'objet d'une appréciation individuelle[984], avec l'aléa propre à ce type de décision[985].

S'agissant des licences exclusives, l'article 5.1 b) du règlement n°316/2014 prévoit expressément la faculté pour le donneur de licence de « *résilier l'accord de transfert de technologie si le preneur de licence met en cause la validité de l'un des droits sur technologie*

[981] C. Maréchal, « Application du droit des ententes aux accords de transfert de technologie : se méfier des eaux qui dorment ! », précité ; voir également R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, précité, n°129 sur le régime de ces clauses dans les anciens règlements d'exemption.

[982] P. Arhel, « Nouveau régime de concurrence pour les accords de transfert de technologie », JcpE n° 16-17, 17 Avril 2014, act. 290

[983] Concernant l'hypothèse particulière où le « droit sur technologie » concédé est constitué de savoir-faire, voir *infra*

[984] D. Chelliah, « Nouveau régime pour les accords de transfert de technologie », Rlda n°94 juin 2014, p.44 n°5159

[985] Engendrant une difficulté supplémentaire pour les contrats conclus sous l'empire de l'ancien règlement qui devront être mis à jour et appréciés sous cet angle

concédés, quel qu'il soit »[986]. Il n'existe pas de limitation à cette faculté de résiliation, la seule exigence étant le caractère exclusif de la licence. La Commission justifie ce choix en énonçant que dans le cas d'une licence exclusive, le licencié n'a pas de raison de souhaiter que le droit de propriété intellectuelle soit déclaré invalide[987]. En effet, seul opérateur habilité à utiliser le droit de propriété intellectuelle, il n'est pas dans l'intérêt du licencié exclusif de contester la validité de ce droit, au risque de le voir annulé et la technologie concernée tomber dans le domaine public, à la libre disposition de tous les opérateurs. Une telle position est de nature à préserver la liberté d'entreprendre du donneur et la libre concurrence en général : le donneur ne sera pas contraint de poursuivre une relation contractuelle avec un cocontractant exclusif qui conteste ses droits.

La position de la Commission paraît en revanche plus discutable concernant les licences non exclusives. Elle justifie l'exclusion de la faculté de résiliation du donneur dans ce cas, en estimant qu'une telle clause de résiliation aurait le même effet qu'une clause de non-contestation, en particulier « *lorsque l'abandon de la technologie du donneur se traduirait par une perte significative pour le preneur (...) ou lorsque la technologie du donneur est un facteur nécessaire pour la production du preneur* »[988]. Autrement dit, dès lors que la technologie est importante pour le licencié, admettre une faculté de résiliation du donneur en cas de contestation des droits par le preneur constituerait une menace telle qu'elle anéantirait l'interdiction de clause de non-contestation. Le but de ce choix est donc de préserver la liberté d'entreprendre du preneur qui ne doit pas pouvoir se voir opposer la menace d'une résiliation. Cet argument ne nous paraît pas parfaitement convaincant dans la mesure où si le preneur engage une procédure pour contester la validité des droits concédés, il agit volontairement pour mettre fin au contrat par la voie de l'annulation. Dès lors, l'existence d'une faculté de résiliation poursuivant également l'objectif de mettre fin au contrat ne nous semble pas devoir être comprise comme une menace. D'autre part, à supposer que la contestation du preneur n'aboutisse pas, le donneur pourrait se trouver contraint de rester dans une relation contractuelle avec un preneur contestant ses droits[989]. La liberté d'entreprendre du donneur nous semble alors limitée de manière injustifiée. Les clauses de non-contestation sont donc

[986] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, article 5 1. b)
[987] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 139 ; Voir aussi communiqué de presse n° IP/14/299, 21 mars 2014
[988] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 136
[989] E. Dieny, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », précité

largement écartées par le règlement n°316/2014, à l'exception d'une hypothèse où la Commission choisit une voie toute autre : lorsque la clause concerne le savoir-faire transmis dans le cadre du transfert de technologie.

210. Savoir-faire et non-contestation. Dans le cas particulier où le « droit sur technologie » transmis est uniquement un savoir-faire, les lignes directrices[990] relèvent expressément que la Commission est favorable aux clauses de non-contestation et de résiliation[991], à condition que « *le savoir-faire concédé [soit] impossible ou très difficile à récupérer une fois qu'il aura été divulgué* ». Cette restriction ne nous semble toutefois pas en être réellement une dans la mesure où un savoir-faire communiqué ne peut en pratique être « *récupéré* », seule pouvant être envisagée une interdiction d'utilisation, la connaissance restant quant à elle transmise. La Commission estime alors qu'une obligation de non-contestation favoriserait la diffusion de nouvelles technologies dans la mesure où elle éviterait que les donneurs se trouvent dans une situation de contestation du savoir-faire après l'avoir transmis. S'il est certain que la présence d'une clause de non-contestation est de nature à rassurer les donneurs, il est possible de s'interroger sur la portée d'une telle position qui ne semble pas parfaitement prendre en compte les spécificités du savoir-faire.

D'une part, le savoir-faire n'étant pas objet de droit en tant que tel[992], il n'existe pas d'action visant à sa nullité. La contestation ne pourrait donc être envisagée que sur le fondement du droit des contrats, en faisant valoir le défaut d'objet de la convention. Par ailleurs, il est de l'essence d'un contrat portant sur la communication d'un savoir-faire d'imposer le respect de sa confidentialité. A défaut de secret, il n'est plus de savoir-faire[993]. Dès lors, toute action du licencié qui aurait pour conséquence de divulguer le savoir-faire porterait atteinte à l'objet du contrat et serait constitutive d'une faute engageant sa responsabilité. Cela induit à notre sens que dans le cas particulier du savoir-faire, la non-contestation ne doit pas s'envisager en tant que telle mais dans le cadre plus large de l'existence de l'objet du contrat. Or, une clause de non-contestation signifierait alors une violation du droit d'ester en justice[994]. De surcroît, s'il

[990] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 140

[991] R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, précité, n°79

[992] Voir *supra* n°46 et suivants ; également N. Bouche, « La protection du savoir-faire », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.346

[993] voir *supra* n°46 et suivants

[994] Article 6-1 CEDH, Cour EDH 21 février 1975, aff. Golder c. Royaume-Uni, Requête n°4451/70, pt n°36 ; Cons. Const. 13 août 1993 n°93-325 DC Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, pt 3 ; Cons. Const. 21 janvier 1994 n°93-335 DC Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, pt 4; Cons. Const. 9 avril 1996 n°96-373 DC Loi

s'avérait que le savoir-faire ne satisfait pas aux critères requis à sa qualification[995], la clause de non-contestation aurait pour conséquence d'enfermer le preneur dans une relation contractuelle dont la raison d'être ne se justifierait pas. Si aucune possibilité de résiliation n'était offerte au preneur, la clause de non-contestation aurait alors à notre sens un effet anticoncurrentiel.

D'autre part, la position de la Commission était sans doute motivée en 2014[996] par le fait que le savoir-faire ne disposait pas à cette époque d'une protection uniforme dans l'Union. Il sera intéressant de noter si une évolution se dessine à la lumière de la directive n°2016/943 sur les secrets des affaires adoptée le 8 juin 2016, qui tout en revendiquant de ne pas transformer le savoir-faire en un nouveau droit de propriété intellectuelle, lui confère un régime proche de ceux-ci[997].

Les questions susmentionnées concernant la non-contestation vise le droit sur technologie en lui-même. Il existe également une hypothèse qui n'est pas en tant que telle abordée par le règlement qui concerne la contestation de l'exploitation du droit sur technologie après la fin du contrat. Dans ce cas, l'existence ou l'absence d'une clause régissant cette utilisation permet d'éviter sa contestation.

ii) La contestation de l'exploitation du droit sur technologie

211. Durée de l'exploitation. Il convient en premier lieu de s'interroger sur le sort de l'information protégée, précisément du savoir-faire communiqué dans le cadre d'un accord de transfert de technologie[998], une fois cet accord parvenu à son terme. Il ne s'agit pas tant d'une contestation du « droit sur technologie » que d'une discussion sur la possibilité d'exploiter ce savoir-faire au terme de l'accord. Deux caractéristiques doivent être prises en compte dans

---

organique portant statut d'autonomie de la Polynésie français, pt 83 ; article 30 du code de procédure civil ; Ass. Plen. 30 juin 1995, pourvoi n°: 94-20302, Bull A.P. n°4 ; voir également D. Karsenty, « Le droit au procès équitable », Rapport de la Cour de cassation 2001 - Deuxième partie : Études et documents - Études sur le thème des libertés

[995] Voir *supra* n°46 et suivants

[996] Et en 2004 : cet argument était déjà présent dans les lignes directrices de 2004 relatives à l'ancien règlement n°772/2004, au pt 112, la Commission a donc fait le choix de maintenir sa position sur cette question en 2014 cf R. Kovar, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, précité, n°130

[997] Voir *supra* n°132

[998] S'agissant des droits de propriété intellectuels, s'ils sont encore en vigueur à l'issue de l'accord de transfert de technologie, le preneur ne pourra en faire usage sauf à commettre des actes de contrefaçons cf à titre d'exemple pour les brevets article L613-8 CPI

cette réflexion : il est impossible de retirer une connaissance qui a été transmise[999] et étant donné leur caractère secret, certains éléments du savoir-faire peuvent être utilisés sans que cela soit perceptible sur les produits fabriqués. Il importe alors de déterminer les obligations du preneur à l'issue du contrat. Selon l'élégante formule des professeurs Foyer et Vivant, on peut se demander si « *au droit de savoir succède, en quelque manière, l'obligation d'oublier* »[1000].

A défaut de stipulation contractuelle, le sort du savoir-faire à l'issue du contrat est incertain[1001]. Il sera éventuellement possible de se fonder sur la bonne foi[1002] et sur l'économie d'ensemble du contrat[1003] pour déceler la volonté des parties dans un sens ou un autre. Mais aucun principe ne saurait être dégagé et la casuistique règne alors en maître. Les conflits susceptibles de résulter de cette question peuvent être d'autant plus préjudiciables au donneur de licence qu'il ne pourra faire sanctionner le comportement du preneur que lors d'une audience publique, au risque d'anéantir le caractère secret de son savoir-faire[1004]. Il importe donc de prévoir dès le contrat de transfert de technologie, soit une absence de droit d'utilisation, soit les conditions d'utilisation de la technologie, postérieurement au terme du contrat[1005]. La préservation de la concurrence et de la liberté d'entreprendre des parties à un accord de transfert de technologie passent par l'exercice de leur liberté contractuelle leur permettant de définir les limites de l'exploitation de leurs informations protégées, au sein du cadre offert par le règlement d'exemption n°316/2014. La liberté contractuelle, certes contrainte par la règlementation européenne, leur permet de délimiter *in fine* les contours de leur relation. Cette liberté économique apparaît ainsi comme un élément essentiel du cadre offert à la divulgation de l'information protégée par le règlement n°316/2014. Elle est également un facteur majeur dans l'appréciation des restrictions éventuellement posées à la divulgation des perfectionnements.

---

[999] L. Sautter, « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », précité : « *une fois reçu, le savoir-faire est irrévocablement connu de son destinataire et ne peut pas, par nature, être restitué* »

[1000] J. Foyer et M. Vivant, « Le droit des brevets », PUF, Coll. Thémis, 1991, n°406

[1001] Et peut engendrer des conflits cf J.-M. Mousseron, « Secret et contrat – De la fin de l'un à la fin de l'autre », p.257 et suivantes n°26, in Mélanges Foyer, éd° PUF 1997

[1002] Qui doit notamment dicter l'exécution des contrats cf article 1104 du code civil postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* »

[1003] Voir notamment l'ancien article 1135 du code civil ou le nouvel article 1194 postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* »

[1004] Voir *supra* n°46 et suivants

[1005] L. Sautter, « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », précité

§3. Les accords de transfert de technologie : un cadre pour la divulgation des perfectionnements

212. Le règlement d'exemption n°316/2014 exclut de son champ d'application « *toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de licence de concéder une licence exclusive au donneur de licence ou à un tiers désigné par celui-ci ou de leur céder l'intégralité ou une partie des droits sur les améliorations que le preneur de licence aura lui-même apportées à la technologie concédée ou sur les nouvelles applications qu'il en aura faites* »[1006]. Cette restriction concerne les perfectionnements apportés à la technologie par le licencié, qu'il s'agisse d'améliorations de la technologie elle-même ou de développement de nouvelles applications de celle-ci. Elle se veut largement entendue et se distingue en cela du précédent règlement d'exemption n°772/2004 (**A**). Suivant cette évolution, il convient de s'intéresser à la portée de cette restriction (**B**).

A/ Le contenu de la restriction sur les perfectionnements

213. Le sort des perfectionnements conçus par le licencié sur la technologie concédée est une question importante, qui peut devenir source de litiges inextricables si elle n'est pas prévue en amont par la convention. En effet, « *si le sort des perfectionnements n'a pas été envisagé dans le contrat, ils ne sont pas considérés comme des accessoires du brevet et ne sont pas inclus dans l'objet de la licence* »[1007]. Il importe donc que le contrat de licence stipule expressément la gestion des améliorations. Nous pourrions être tentés, de prime abord, de considérer que ce point ressort exclusivement de la liberté contractuelle. Mais cela serait faire fi du contexte dans lequel la licence sur technologie est octroyée. Lorsque la licence est conclue dans le cadre d'un transfert de technologie, le droit de la concurrence veille afin que nulle obligation de ce contrat ne puisse engendrer des conséquences anticoncurrentielles. Si les parties au contrat veulent bénéficier de la sécurité juridique conféré par le règlement d'exemption sur les

[1006] Règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 sur les accords de transfert de technologie, précité, article 5 §1 a) – restrictions exclues

[1007] J. Schmidt-Szalewski, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », in Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention – Actes de Colloque de l'Académie des sciences et de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 mars 2005 sous la responsabilité scientifique du C. Balizot-Hazard, édition Institut de France 2006, p.14

transferts de technologies, elles doivent alors soumettre leur volonté aux exigences du règlement n°316/2014[1008].

214. Objet de la restriction. Le règlement n°316/2014 vise en son article 5.1 a) les « *droits sur les améliorations que le preneur de licence aura lui-même apportées à la technologie concédée ou sur les nouvelles applications qu'il en aura faites* ». Les améliorations portées à la technologie ou de nouvelles applications de celle-ci peuvent s'analyser comme des informations protégées au sens de la présente étude[1009] dans la mesure où elles sont constituées de connaissances protégées par le licencié qui lui confèrent un avantage concurrentiel du fait de l'usage optimisé ou nouveau de la technologie concédée. Il en résulte une interrogation portant sur la gestion desdites informations, compte tenu de leur lien particulier avec la technologie concédée. Le règlement n°316/2014 écarte de son champ d'application toute obligation qui conduirait à imposer au licencié de transmettre de manière définitive l'administration de ces informations au donneur de licence. L'article 5.1 a) du règlement est en effet rédigé pour englober toutes les hypothèses envisageables : est ainsi exclue toute obligation directe mais également indirecte, c'est-à-dire dont le résultat aboutirait à un dessaisissement prohibé, de céder ou de concéder de manière exclusive, c'est-à-dire d'offrir au donneur de licence ou à un tiers désigné par lui, la gestion totale[1010] de tout ou partie de l'information développée par le preneur sur la technologie ou ses applications. Autrement dit, seule peut être envisagée dans le contrat de licence, une obligation de concession non exclusive des perfectionnements apportés par le preneur. Toute concession plus restrictive pour le licencié ne pourra bénéficier de la sphère de sécurité du règlement d'exemption[1011]. Elle ne sera pas automatiquement considérée comme anticoncurrentielle, mais devra faire l'objet d'une appréciation individuelle au regard de l'article 101 §3 TFUE, avec l'aléa inhérent à cet examen.

215. Appréciation individuelle de la restriction. Le fondement de l'interdiction de cession ou concession exclusive des améliorations au donneur de licence réside dans la crainte d'un anéantissement de toute incitation à innover : si le licencié est contraint par les stipulations contractuelles de rétrocéder tous les perfectionnements qu'il pourrait apporter à la

[1008] Selon le contexte, le contrat de licence pourra être également conclu sous l'égide du règlement 1217/2010 du 14 décembre 2010 relatifs aux accords de recherche et développement
[1009] Voir *supra* n°8
[1010] Lorsque la concession est exclusive, le licencié s'interdit d'exploiter lui-même l'information
[1011] L. Idot, "Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », précité

technologie, sans même pouvoir lui-même en faire usage[1012], il semble en effet peu probable qu'il s'empresse de développer la technologie qui lui a été concédée. En conséquence, si la preuve est rapportée lors de l'examen individuelle de la clause que l'incitation à innover est préservée, celle-ci pourrait bénéficier d'une exemption au regard de l'article 101 §3 TFUE. A cet égard, les lignes directrices[1013] édictées par la Commission précisent que le versement par le donneur d'une contrepartie pour l'acquisition de l'amélioration ne joue aucun rôle dans l'application de l'article 5.1 a) du règlement[1014]. En revanche, « *l'existence et le niveau d'une telle contrepartie peuvent être pertinents dans le cadre d'une appréciation individuelle* »[1015]. L'existence et le montant d'une contrepartie financière ne sont toutefois pas suffisants pour admettre une telle clause de rétrocession systématique. D'autres éléments contextuels doivent être pris en compte, notamment la position du donneur de licence sur le marché[1016] ou l'existence de réseaux parallèles d'accords de licence comportant de telles obligations. La liberté contractuelle des parties est ici nettement contrainte par le contexte concurrentiel. Prenant en compte ces spécificités, l'ancien règlement n°772/2004 s'efforçait d'introduire une légère flexibilité sur cette question par le biais de la notion d'amélioration dissociable, notion disparue dans le nouveau règlement n°316/2014.

216. Améliorations dissociables. Le précédent règlement n°772/2004 sur les transferts de technologie retenait une distinction suivant la dissociabilité des améliorations apportées[1017]. Les lignes directrices édictées en 2004 par la Commission précisait cette différence en indiquant qu'« *une amélioration est dissociable dès lors qu'elle peut être exploitée sans empiéter sur la technologie concédée* »[1018]. Dans ce cas, aucune obligation ne pouvait être faire au preneur de céder ou concéder de manière exclusive au donneur une licence portant sur

[1012] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 129
[1013] *Ibid.*, pt 130
[1014] Via une cession ou une licence exclusive
[1015] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 130
[1016] Si elle est forte, l'obligation de rétrocession exclusive risque davantage d'avoir des effets restrictifs de concurrence dans le domaine de l'innovation cf Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 130
[1017] Règlement n°772/2004 du 27 avril 2004, Considérant 14 et articles 1.1 n) et 5.1 a) et b). La notion d'amélioration dissociable était déjà présente dans l'ancien règlement n°240/96 (article 2) qui admettait la concession de licence non exclusive au preneur des améliorations dissociables, « *de manière que le licencié soit libre d'utiliser les perfectionnements qu'il a lui-même apportés ou d'en concéder des licences à des tiers, dans la mesure où cela n'entraine pas une divulgation du savoir-faire qui lui a été communiqué par le donneur de licence et qui est demeuré secret* » et à la condition que « *le donneur de licence prenne l'engagement d'accorder une licence exclusive ou non, sur ses propres perfectionnements* »
[1018] Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie, 2004/C 101/02, pt 109

le perfectionnement dissociable. Il n'est guère d'hypothèses pratiques correspondant à cette situation, dans la mesure où une amélioration est liée par la force des choses à la technologie concédée. Il est toutefois possible d'envisager un cas susceptible de satisfaire cette définition : celui d'un savoir-faire ou d'une invention développés initialement dans le cadre de la technologie mais pouvant s'appliquer en d'autres circonstances. En revanche, toute obligation de céder ou de concéder de manière exclusive au donneur, une licence sur des « améliorations indissociables » de la technologie concédée n'était pas considérée comme restreignant la concurrence[1019] dans la mesure où lesdites améliorations non dissociables ne pouvaient être exploitées sans l'autorisation du donneur.

La disparition critiquée[1020] de cette distinction dans le règlement n°316/2014 marque une volonté de préserver davantage la capacité d'innovation du preneur[1021] et sa liberté d'entreprendre. Celle-ci ne peut être contrainte en théorie, lorsqu'il s'agit des perfectionnements apportés à la technologie concédée[1022]. Il est toutefois nécessaire de nuancer cette vision optimiste par les contraintes inhérentes au droit de brevet qui ne permettent pas au preneur de concéder une licence sur ses perfectionnements, sans l'aval du donneur dès lors que le perfectionnement développé nécessite la mise en œuvre du brevet initialement concédé. A l'inverse, si l'amélioration consiste en un savoir-faire ou d'une invention susceptibles d'être utilisés indépendamment de la technologie concédée, le preneur pourra toujours décider de son exploitation. Autrement dit, si la formulation du règlement a changé, les impératifs inhérents au droit des brevets aboutissent aux mêmes conséquences pratiques.

La faveur accordée à la liberté d'entreprendre du preneur est néanmoins visible dans l'hypothèse où le preneur exploite lui-même les perfectionnements : sous l'empire de l'ancien règlement, il était admis que la cession ou la concession exclusive des améliorations non dissociables n'emportaient pas de restriction de concurrence et étaient donc acceptées dans le champ d'application du règlement. Or, de telles obligations aboutissaient à priver le preneur de la possibilité de faire usage des perfectionnements qu'il avait lui-même apportés à la

[1019] *Ibid.*.
[1020] E. Dieny, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », précité
[1021] R. Milchior, « Nouveau règlement d'exemption relatif aux accords de transfert de technologie : un texte au milieu du gué », précité
[1022] Le règlement suit en cela l'article 40.2 des accords Adpic visant les clauses de rétrocessions exclusives sans distinguer selon le caractère dissociable ou non de l'objet de la licence cf P. Arhel, « Nouveau régime de concurrence pour les accords de transfert de technologie », précité

technologie concédée[1023]. La nouvelle rédaction du règlement n°316/2014 apparaît ainsi nettement en faveur de l'innovation et de la liberté d'entreprendre du preneur qui ne peut se voir privé de la possibilité d'exploiter ses propres perfectionnements, y compris lorsqu'ils sont indissociables de la technologie concédée. Ce souci de préserver non seulement la concurrence, mais également l'innovation, est constant dans le règlement n°316/2014. Il se manifeste également dans l'analyse de la portée de la restriction sur les perfectionnements.

B/ La portée de la restriction sur les perfectionnements

217. L'appréhension de l'impact concurrentiel des améliorations apportées par le preneur à la technologie concédée est effectuée en considération du contexte de la licence. Il ne s'agit pas d'une évaluation automatique mais casuistique qui prend compte l'ensemble contractuel liant les parties.

218. Améliorations et réciprocité. Un des aspects les plus prégnants de cette observation concerne l'existence d'une réciprocité entre les parties. Dans l'ancien règlement n°240/96[1024], la concession de licence sur les perfectionnements était soumise non seulement à l'obligation du caractère non exclusif de la licence si les améliorations étaient dissociables, mais également à l'obligation pour le donneur d'accorder une licence, exclusive ou non, sur ses propres perfectionnements[1025]. Il existait une volonté affichée d'assurer une certaine équité entre les situations du preneur et du donneur afin que tous deux puissent profiter des améliorations sur la technologie, quelle que soit son origine. Si l'exigence de réciprocité disparaît des règlements postérieurs, son existence reste prise en compte dans le cadre de l'appréciation de l'exemption. Les lignes directrices de 2014 précisent ainsi la distinction entre accord réciproque et accord non réciproque[1026] : les accords réciproques sont des licences croisées de technologies concurrentes. A l'inverse, dans un accord non réciproque, seule une partie concède une licence sur une technologie ou si les deux parties accordent chacune une licence[1027], celles-ci concernent des technologies non concurrentes. S'agissant de

[1023] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie 2004/C 101/02 précitées, pt 109
[1024] Règlement (CE) de la Commission du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie
[1025] Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, article 2. 4)
[1026] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 98
[1027] Hypothèse de licences croisées

l'accord contenant une obligation pour le preneur de rétrocéder sous licence ses propres améliorations de la technologie concédée, les lignes directrices le considèrent comme non réciproque[1028]. Loin de s'arrêter à une simple classification, le caractère de réciprocité de la relation contractuelle emporte des conséquences sur l'innovation, soit positives soit négatives.

219. Améliorations non réciproques et innovation. Les lignes directrices de 2014, reprenant en cela celles de 2004[1029], décrivent, dans un premier temps, les conditions dans lesquelles une obligation non réciproque de rétrocession des améliorations peut favoriser l'innovation[1030]. La Commission estime que l'obligation pour le preneur[1031] d'accorder une licence non exclusive de ses améliorations au donneur est de nature à encourager la diffusion de technologies nouvelles, dans la mesure où le donneur sera autorisé à communiquer les améliorations à d'autres preneurs, dans les conditions qu'il choisira. En conséquence, s'il n'y a pas de réciprocité verticale entre donneur et preneur sur la transmission des perfectionnements, la Commission encourage une « réciprocité horizontale » entre les preneurs afin que tous puissent bénéficier des améliorations. Ce traitement égalitaire de l'ensemble des licenciés est alors perçu comme favorable à l'innovation. Nous pouvons en revanche nous interroger sur la portée d'une telle distinction lorsque la licence concédée par le donneur est exclusive. Dans ce cas, à défaut de réciprocité avec le donneur, l'obligation du preneur de rétrocéder ses perfectionnements ne peut avoir comme conséquence la diffusion de technologie et une incidence positive sur l'innovation. Elle apparaît comme une obligation stérile du donneur qui souhaite concentrer toute la connaissance sur sa technologie, sans faire bénéficier son licencié exclusif des perfectionnent qu'il a pu développer. Une telle clause paraît en outre dénuée de bien-fondé économique dans la mesure où elle prive le preneur exclusif, seul opérateur autorisé par le donneur sur le marché[1032], de la possibilité de concevoir les produits les plus attractifs.

[1028] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 98

[1029] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie 2004/C 101/02 précitées, pt 109

[1030] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 131

[1031] Obligation pour le seul preneur, c'est-à-dire dans le cas où le donneur de licence quant à lui n'est pas tenu de concéder les perfectionnements qu'il aurait apportés à la technologie concédée.

[1032] Le donneur s'interdisant de produire dans ce cas cf la définition de la licence exclusive : art 1 p) règlement n°316/2014 : « *une licence en vertu de laquelle le donneur de licence lui-même n'est pas autorisé à produire sur la base des droits sur technologie concédés et n'est pas autorisé à concéder les droits sur technologie concédés à des tiers, en général, pour un usage déterminé ou sur un territoire déterminé*. »

220. Améliorations réciproques et innovation. Dans le cas d'une obligation de rétrocession réciproque imposée à deux parties concurrentes, la Commission en apprécie les conséquences sur l'innovation au regard du contexte de la conclusion de la licence. Dans l'hypothèse où le contrat serait conclu afin de permettre à chacune des parties de développer leurs technologies respectives, il est peu probable que l'innovation soit diminuée[1033]. La convention a pour objectif de créer un espace de « *liberté de conception* »[1034] offrant à chaque contractant une possibilité de développement sans crainte d'une contestation émanant de l'autre partie. Les lignes directrices admettent alors que la communication réciproque des améliorations n'aboutit pas à freiner l'acquisition d'une avance d'une partie par rapport à l'autre, en particulier compte tenu du fait qu'elles n'utilisent pas la même technologie. Il est possible de s'interroger sur le point de savoir si de tels accords répondent véritablement aux critères d'un transfert de technologie posés par le règlement : il ne semble pas y avoir véritablement de transfert de technologie mais plutôt « pacte de non contestation » ; il n'est de surcroît pas tant question de fabrication de produits contractuels que de travaux de développement de technologies. La technologie concédée a alors moins pour objectif d'être utilisée directement que de permettre une recherche qui lui est liée. En conséquence, l'applicabilité du règlement concernant les transferts de technologie à cette situation nous paraît douteuse. Une mise en œuvre du règlement d'exemption relatif aux accords de recherche et développement serait sans doute plus adaptée[1035].

La seconde hypothèse abordée par la Commission[1036] concerne l'obligation de divulgation des améliorations de façon réciproques entre concurrents qui opèrent avec la même technologie. Dans ce cas, le partage de l'ensemble des améliorations entre concurrents est susceptible, selon les lignes directrices, « *d'empêcher chaque concurrent d'acquérir de l'avance par rapport à l'autre* »[1037]. En d'autres termes, chaque partie bénéficiant des améliorations de son co-contractant, toutes deux disposeraient des mêmes avancées technologiques et aucune ne serait à même de se démarquer par un perfectionnement notable du fait de sa transmission automatique. Cette vision de la Commission dénote une perception de l'innovation conçue comme le résultat d'une compétition entre les parties. Il nous semble, à l'inverse, qu'une autre voie peut être envisagée, fondée sur la transmission des informations protégées permettant

[1033] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 132
[1034] *Ibid.*.
[1035] Sur la distinction entre les règlements d'exemption, voir *supra* n°197
[1036] Qui est en réalité le premier cas de figure évoqué par la Commission dans ses lignes directrices
[1037] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), précitées, pt 132

une mise en commun des travaux de recherche et des résultats aboutissant à une innovation collaborative qui ne serait pas moins efficace[1038].

La question de la diffusion des perfectionnements ne nous paraît pas en conséquence pouvoir être cantonnée aux catégories mentionnées dans les lignes directrices. Elle nécessite un examen prenant en compte le contexte de la licence, le contenu et l'usage projeté des améliorations fournies par les parties, afin de déterminer les risques concurrentiels que leur transmission serait susceptible d'engendrer. Le traitement catégoriel du règlement d'exemption montre alors ses limites.

221. Conclusion du Chapitre. Les règlements d'exemption proposent un cadre pour la divulgation de l'information protégée échangée au cours d'accords de recherche et développement et de transfert de technologie. Suivant l'objet du contrat, les parties peuvent choisir de suivre les conditions posées par l'un ou l'autre de ces règlements afin de s'assurer que la convention qu'elles entendent conclure ne pourra être qualifiée d'entente sanctionnée par l'article 1 paragraphe 1 TFUE. Autrement dit, en se conformant aux indications de l'un ou l'autre des règlements, les parties bénéficient d'une exemption automatique de leur accord au titre de l'article 1 paragraphe 3 TFUE. L'exemption est toutefois soumise à certaines conditions tenant aux parties, en plus de celles concernant l'accord : celles-ci doivent détenir des parts de marché en dessous d'un seuil déterminé. A défaut, les règlements catégoriels ne peuvent trouver à s'appliquer. Cette sélection nous paraît trop restrictive pour refléter l'exacte position des parties. Elle exclut en tout état de cause des entreprises opérant sur des marchés à la structure spécifique, oligopolistique ou marché de niche, où les accords de recherche et développement ou de transfert de technologie s'avèrent fondamentaux.
Les règlements d'exemption évoqués ont tous deux le même objectif : assurer une protection efficace de la concurrence et garantir une sécurité juridique suffisante aux entreprises. De ces exigences se déduisent les interactions entre les règlements et les libertés économiques. Particulièrement, la libre concurrence est érigée en référence fondamentale guidant les arbitrages pour désigner telle ou telle clause admissible à l'exemption catégorielle. Il en résulte une sorte de hiérarchisation des libertés économiques, l'exigence de libre concurrence primant la liberté contractuelle des parties. Celle-ci se trouve contrainte par les restrictions exclues par les règlements, malgré un élargissement de son application grâce à l'abandon de

[1038] Voir *infra* Section II Chapitre 2 Titre II Partie 2

la technique « juridique » des anciens règlements d'exemption listant expressément les stipulations autorisées et interdite, au profit d'une approche économique plus globale et plus souple. La liberté d'entreprendre des parties est également prise en compte à travers la nécessité de soutenir l'innovation.

Cette analyse aborde la question de l'usage de l'information protégée détenue par chacune des parties en amont de l'accord ainsi que celle issue en aval des résultats de la recherche en commun ou de perfectionnements apportés à la technologie transféré. La libre concurrence et la liberté d'entreprendre constituent les principes à l'aune desquels sont appréciés la nécessité d'accès à l'information propre des parties, l'éventualité de sa contestation et la divulgation des résultats ou perfectionnements.

222. S'agissant de la divulgation de l'information protégée propre à chacune des parties, le règlement visant les accords de recherche et développement insiste sur l'impératif de divulgation afin d'éviter que la dissimulation de droits de propriété intellectuelle aboutisse à interdire l'exploitation des résultats. De la même manière, le règlement relatif aux contrats de transfert de technologie exclut toute possibilité pour les parties de restreindre leur faculté d'exploiter leurs informations protégées, à l'exception notable de l'hypothèse où ladite information est constituée par un savoir-faire dont l'existence pourrait être remise en cause par cette exploitation. Les règlements apparaissent alors comme des outils de sauvegarde de la liberté d'entreprendre.

Suivant cette logique, dans les deux règlements, les clauses de non-contestation ne peuvent bénéficier de l'exemption. Ces stipulations soulèvent toutefois un certain nombre de questionnements sur la portée de la contestation et la pérennité des redevances versées préalablement à l'annulation du contrat ou postérieurement au terme de la convention, particulièrement dans le cas de contrats de transfert de technologie. Dans l'appréciation de ces clauses, le droit de la concurrence propose une vision distincte du droit des contrats, au risque de malmener les principes du droit commun en faisant prévaloir des considérations accessoires tenant à l'existence de clause de résiliation ou d'exclusivité, ou faisant varier son interprétation selon la nature de l'information protégée transmise.

223. L'exploitation des résultats et des perfectionnements apportés à la technologie concédée est envisagée de manière inverse par les règlements d'exemption, dans l'objectif identique de permettre aux parties d'exercer librement leur activité. Dans le règlement afférant aux accords de recherche et de développement, il est impératif que les parties aient un accès illimité aux

résultats et c'est par exception strictement entendue tenant à l'exploitation desdits résultats que leur accès peut être circonscrit. Dans le règlement relatif aux transferts de technologie, les clauses prévoyant la cession ou la concession exclusives des perfectionnements sont exclues car elles empêcheraient le licencié d'utiliser les améliorations qu'ils auraient développées. En revanche, la transmission non exclusive peut être envisagée car elle préserve la liberté d'entreprendre et la libre concurrence.

224. Il apparaît en conséquence que les règlements d'exemption offrent un cadre à la transmission de l'information protégée transmise au sein d'une convention portant sur la recherche et le développement ou le transfert de technologie sous réserve du respect des principes dégagés à l'aune des libertés économiques. Au-delà de leur l'influence dans la rédaction de ces conventions, les libertés économiques dictent les conditions dans lesquelles la divulgation de l'information protégée peut être imposée face à une atteinte à la concurrence.

CHAPITRE 2
L'INJONCTION DU PRINCIPE DE LA DIVULGATION PAR LES LIBERTES ECONOMIQUES

225. La préservation des libertés économiques peut se trouver mise en péril par les choix des opérateurs économiques, qu'il s'agisse de comportements intrinsèquement anticoncurrentiels ou de choix stratégiques dont les effets sur la concurrence seraient délétères. La divulgation de l'information protégée apparaît dans certaines de ces circonstances comme un remède à une atteinte réelle ou potentielle aux libertés économiques.

Elle est ainsi susceptible d'être incitée voire imposée par l'autorité de concurrence chargée de conjurer une telle entrave à la concurrence. L'information protégée est alors divulguée, soit en prévention d'un dommage aux libertés économiques (**Section I**), soit à titre de sanction d'une atteinte à celles-ci (**Section II**).

Section I – La divulgation requise en prévention d'une atteinte potentielle aux libertés économiques

226. Le droit des concentrations *« instaure un mécanisme de contrôle préventif (on parle de contrôle ex ante), destiné à éviter que la structure du marché ne soit irrémédiablement altérée, à la suite de la réunion de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes »*[1039]. En d'autres termes, le droit des concentrations permet d'évaluer, en amont de la réalisation de l'opération, les risques concurrentiels qu'elle comporte afin d'éviter qu'elle ne porte atteinte au marché. Il en résulte que les décisions prises dans le cadre du contrôle d'une concentration se caractérisent par leur aspect prospectif, destiné à empêcher l'existence même d'une altération de la concurrence résultant de l'opération envisagée.

Dans le contexte spécifique de l'examen préventif de la portée de la concentration, les parties sont amenées à transmettre à l'autorité de concurrence des informations protégées. Leur divulgation dans le cadre de la procédure de concentration fait l'objet de règles concernant tant la transmission à l'autorité de concurrence compétente, qu'aux parties intéressées et aux tiers (**§1**). La divulgation de l'information protégée vis-à-vis de tiers apparaît également

[1039] J-Ch. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », RTD Com. 2013 p.439

comme un facteur pris en compte par l'autorité de concurrence dans sa décision d'autoriser ou non la concentration envisagée (**§2**).

§1. La divulgation de l'information protégée dans le cadre de la procédure de concentration

227. Les conditions de la divulgation de l'information protégée à l'occasion de la procédure de concentration se distinguent selon leur destinataire. Si la transparence est encouragée vis-à-vis de l'autorité de concurrence (**A**), elle est circonscrite à l'égard des parties intéressées et des tiers à l'opération (**B**).

A/ La divulgation encouragée de l'information protégée dans le cadre de la procédure de concentration

228. Un principe de divulgation totale. Au cours d'une procédure de concentration[1040], de nombreuses informations doivent être communiquées à l'Autorité de concurrence[1041] pour lui permettre d'apprécier, en étant pleinement informée, les implications de l'opération au regard du droit de la concurrence. Sont pris en compte dans l'analyse de multiples facteurs de nature à contraindre la pénétration de nouveaux concurrents sur le marché, tels que les brevets détenus, l'avance technologique, les savoir-faire, les réseaux de distribution...[1042].

229. La tentation d'une non-divulgation. Si une partie de ces données est publique, elles concernent pour l'essentiel des informations protégées, qui sont tenues confidentielles. Compte tenu de cette caractéristique, les parties pourraient être tentées de ne pas divulguer les informations protégées requises par l'autorité de concurrence. L'absence de divulgation serait alors motivée, soit par une volonté de préserver le caractère secret de ces données, soit pour profiter d'une éventuelle asymétrie d'information susceptible de jouer en leur faveur au cours de la procédure. Pour autant, il n'est pas opportun de choisir cette voie car une telle stratégie

[1040] Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises, ou de l'acquisition du contrôle direct ou indirect par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen cf article 3,§1 du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; voir en droit français l'article L430-1 du code de commerce

[1041] Nationale ou communautaire

[1042] G. Decocq et A-L-H des Ylouses, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1456

serait inefficace au regard de la nécessité pour l'autorité de concurrence de prendre une décision éclairée.

230. L'absence de divulgation d'informations protégées en amont de l'opération. Il est impératif que les parties communiquent toutes les informations protégées utiles à l'appréciation de l'opération, faute de quoi l'autorité de concurrence ne peut prendre une décision en pleine connaissance de cause[1043]. Ces données concernent tant le marché, que les parties elles-mêmes ainsi que les transferts d'informations entre les parties rendus possibles par la concentration. Il apparaît nécessaire que les parties communiquent aussi bien les informations protégées qui s'appliquent à la personne morale en tant que telle qu'au contenu de ses activités. Les renseignements demandés peuvent être extrêmement précis et il importe que les entreprises veillent à être les plus rigoureuses dans les réponses apportées, sous peine de se voir reprocher de donner une information inexacte ou incomplète.

231. L'exemple Facebook-WhatsApp. Un exemple intéressant résulte à cet égard du rachat de WhatsApp[1044] par Facebook en 2014. Lors des échanges avec la Commission européenne préalable à l'autorisation de rachat, la question du rapprochement des comptes utilisateurs des deux sociétés s'était posée. En réponse à une demande d'information, Facebook avait alors indiqué « *qu'elle ne serait pas en mesure d'associer automatiquement et de manière fiable les comptes d'utilisateur des deux sociétés* »[1045]. Toutefois, au mois d'août 2016, WhatsApp a annoncé à l'occasion d'une mise à jour, la possibilité d'associer les numéros de téléphone des utilisateurs de WhatsApp aux profils d'utilisateur de Facebook.[1046] La Commission a estimé dans une communication des griefs envoyée à Facebook le 20 décembre 2016 que, contrairement aux informations qui lui avaient été fournies, « *la possibilité technique d'associer automatiquement les identifiants d'utilisateur de Facebook aux identifiants d'utilisateurs de WhatsApp existait déjà en 2014* ». La Commission craignait alors que

[1043] « Le gendarme européen exige des entreprises une totale collaboration », rlc n°64, septembre 2017 - A noter, p.5
[1044] WhatsApp (ou WhatsApp Messenger) est une application mobile multiplateforme qui fournit un système de messagerie instantanée via Internet et via les réseaux mobiles cf https://fr.wikipedia.org/wiki/WhatsApp
[1045] Commission européenne - Communiqué de presse IP/16/4473 du 20 décembre 2016, « Concentrations: la Commission affirme que Facebook a communiqué des informations trompeuses sur le rachat de WhatsApp »
[1046] *Ibid.*.

Facebook lui ait fourni des données inexactes ou trompeuses[1047] en violation des obligations qui lui incombent en vertu du règlement sur les concentrations[1048].

Cette suspicion s'étant vérifiée, la Commission a infligé le 18 mai 2017 une amende à Facebook[1049] pour sanctionner deux infractions distinctes : la fourniture d'un renseignement inexact et dénaturé dans le formulaire de notification de la concentration ainsi que dans la réponse à une demande de renseignements de la Commission. La Commission a motivé sa décision en insistant sur la nécessité pour les entreprises de transmettre des informations exactes et non trompeuses, afin que « *la Commission puisse examiner efficacement les opérations de concentration et d'acquisition* », compte tenu du fait que les notifications et demandes de renseignements constituent les principales sources d'information pour la Commission[1050] dans des délais d'examen très serrés. En l'espèce, les infractions commises par Facebook l'ont empêchée de disposer de toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa tâche liée à l'appréciation de l'opération[1051].

En l'espèce, les conséquences de la communication de données inexactes ont eu une portée limitée[1052]. La Commission ayant rappelé qu'elle avait pris en considération d'autres facteurs dans l'appréciation de l'opération, il n'a pas été question de révoquer l'autorisation de rachat de WhatsApp[1053], comme l'y autorise l'article 8 du règlement sur les concentrations[1054].

[1047] *Ibid.*.

[1048] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Considérant 38) *« Afin d'apprécier convenablement les concentrations, la Commission devrait avoir le pouvoir d'exiger toutes les informations nécessaires* », considérant 39) « (39) « *Lors d'une inspection, les agents mandatés par la Commission devraient avoir le droit de demander toutes les informations en rapport avec l'objet et le but de l'inspection. Ils devraient aussi avoir le droit d'apposer des scellés pendant les inspections, en particulier lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'une concentration a été réalisée sans notification, que des informations inexactes, incomplètes ou dénaturées ont été communiquées à la Commission ou que les entreprises ou les personnes concernées n'ont pas respecté une condition ou une obligation imposée par une décision de la Commission*. », voir également les articles 11 et 14.

[1049] Commission européenne - Communiqué de presse IP/17/1369 du 18 mai 2017, « Concentrations: la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp ».

[1050] Commission européenne - Communiqué de presse IP/16/4473 du 20 décembre 2016, « Concentrations : la Commission affirme que Facebook a communiqué des informations trompeuses sur le rachat de WhatsApp », précité

[1051] Commission européenne - Communiqué de presse IP/17/1369 du 18 mai 2017, « Concentrations : la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp », précité

[1052] « Facebook mise à l'amende pour avoir fourni des renseignements inexacts à la Commission lors du rachat de WhatsApp », rlc n°62, juin 2017, « A noter », p.4

[1053] Commission européenne - Communiqué de presse IP/17/1369 du 18 mai 2017, « Concentrations : la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp », précité

[1054] Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 8 §6 « *La Commission peut révoquer la décision qu'elle a prise au titre des paragraphes 1 ou 2: a) si la déclaration de compatibilité repose sur des indications inexactes dont une des entreprises concernées est responsable ou si elle a été obtenue frauduleusement* (…) »

Compte tenu de ce risque, il ne saurait trop être déconseillé aux opérateurs de dissimuler des informations protégées dont la communication est requise par l'autorité de concurrence dans le cadre d'une concentration, sous peine de mettre en péril la réalisation de l'opération souhaitée.

232. Pratique contractuelle et concentration. Afin d'éviter une situation conflictuelle, les parties peuvent mettre en œuvre des clauses contractuelles spécifiques. Un auteur[1055] évoque à cet égard la conclusion d'accords d'audit ou de vérification préalable, ou l'insertion d'une clause de « *full disclosure* » imposant aux parties « *de signaler tout fait ou toute information susceptible de peser dans la décision de l'autorité* ». Il importe que ces contrats encadrent le périmètre et les modalités de ces divulgations afin de préserver les secrets d'affaires des parties[1056]. La divulgation de l'information protégée doit alors se combiner dans un dosage délicat avec la préservation des secrets d'affaires. La réalisation de tels objectifs *a priori* contradictoires passe par une rédaction circonstanciée de la clause. La liberté contractuelle qui préside la destinée de ces stipulations peut de surcroît se trouver contrainte par l'interdiction des ententes[1057] si la communication d'informations protégées aboutit à des échanges d'informations dont l'objet ou les effets sont anticoncurrentiels. Les autorités de concurrence française et européenne sont particulièrement attentives à ces risques lors des procédures de concentration et n'hésitent pas, si cela s'avère nécessaire, à imposer des mesures propres à restreindre ces échanges d'informations[1058]. Dans de telles circonstances, la liberté contractuelle des parties cède devant les impératifs du droit de la concurrence.

233. L'absence de divulgation d'informations protégées lors de la négociation des engagements. La seconde étape-clé au cours de laquelle ne pas divulguer constituerait une stratégie dangereuse voire dommageable pour la pérennité de la concentration se situe lors de

[1055] J-Ch. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », RTD Com. 2013 p.439
[1056] *Ibid.*.
[1057] J-Ch. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », RTD Com. 2013 p.439, précité
[1058] G. Decocq et A-L-H des Ylouses, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1456, ainsi que Autorité de la concurrence, Etude thématique sur les échanges d'informations, in rapport annuel 2009 à titre d'exemple : « *L'accord de coopération entre General Electric et Pratt & Whitney créant une entreprise commune (Engine Alliance) pour développer et commercialiser un nouveau moteur d'avion a ainsi bénéficié d'une exemption assortie de la condition que la coopération soit strictement limitée à un moteur déterminé, que les entreprises parentes ne puissent pas divulguer à Engine Alliance ou se communiquer les conditions de leurs offres respectives, et qu'elles adoptent des mesures de confidentialité pour empêcher l'échange d'informations sensibles au regard de la concurrence sur leurs offres de moteurs respectives* » visant la décision de la Commission du 14 septembre 1999 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. IV/36 213/F2, General Electric/Pratt & Whitney

la négociation des engagements[1059]. Une entreprise pourrait être tentée de bénéficier d'une asymétrie d'information vis-à-vis de l'autorité de concurrence lors de la discussion sur les engagements afin de profiter d'un hypothétique avantage dans leur réalisation.

234. Une asymétrie d'information risquée. Cette manœuvre, loin de conforter les parties dans leur démarche, s'avère aléatoire à un triple point de vue[1060]. L'asymétrie d'information peut, en premier lieu, être un leurre[1061] et l'autorité de concurrence être en réalité avisée de certains faits que les parties pensaient tenir secrets. Dans une telle situation, la négociation serait alors mise en péril par des appréciations divergentes d'éléments tacites. En deuxième lieu, l'autorité de concurrence a la possibilité de se référer aux précédents lors de son examen et un défaut d'information est susceptible de l'empêcher de prendre la pleine mesure de la spécificité de la situation exposée[1062], au risque de la réalisation de l'opération. L'autorité de concurrence pourrait se fonder dans son analyse de l'opération sur un précédent qui s'avèrerait *in fine* inadapté au regard des caractéristiques tues de l'espèce. En troisième lieu, compte tenu de la part prospective dans l'appréciation des engagements, priver l'autorité de concurrence d'éléments d'appréciation est de nature à contrarier une « *gestion optimale des risques de mise en œuvre des engagements* »[1063]. Il nous semble qu'eu égard au caractère prospectif de l'examen relatif à une opération de concentration, une situation d'asymétrie d'information avec l'autorité de concurrence ne peut qu'exceptionnellement aboutir à une situation favorable aux parties, mais risque à l'inverse de compromettre une réalisation optimale de l'opération.

En conclusion, s'il peut paraître souhaitable de garder une marge de négociation avec l'autorité de concurrence en ne divulguant pas tout, tout de suite, les entreprises doivent avoir à l'esprit qu'il est de leur intérêt que l'autorité de concurrence ait toutes les données en main pour conclure la négociation sur les engagements, à défaut de quoi la décision prise pourrait se révéler inadaptée au marché et les engagements impossibles à mettre en œuvre. [1064] S'il existe un principe de divulgation pleine et entière vis-à-vis de l'autorité de concurrence, il

[1059] Sur le contenu des engagements, voir *infra* n°247
[1060] M. Gaved, « Bonnes Pratiques dans le suivi des engagements », Concurrences N° 3-2012 I Colloque « Remèdes et contrôle des concentrations », conférence du 20 avril 2012, p.9
[1061] *Ibid.*.
[1062] *Ibid.*.
[1063] *Ibid.*.
[1064] *Ibid.*.

n'en va pas de même à l'égard des parties intéressées et des tiers à l'opération de concentration.

B/ La divulgation limitée de l'information protégée dans le cadre de la procédure de concentration

235. Le règlement n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises met en exergue deux impératifs qui peuvent sembler contradictoires : le souci de transparence des décisions de la Commission et dans le même temps la nécessité de protéger les secrets d'affaires des entreprises qui requièrent l'autorisation de mettre en œuvre une opération de concentration[1065]. La réalisation de ces exigences opposées est perceptible à travers deux modes de divulgation distincts.

236. Publication des décisions. La première modalité de divulgation est expressément envisagée par le « règlement concentration »[1066]. L'article 20 dudit règlement prévoit l'obligation de publication pour les décisions prises par la Commission relatives à des opérations de concentration[1067]. Ladite publication doit citer les parties intéressées et « *l'essentiel de la décision* ». L'emploi de ce terme sous-tend immédiatement que la divulgation n'est pas exhaustive et annonce la suite de l'article qui mentionne des restrictions au contenu de la publicité des décisions de concentration. Le règlement indique que la publication « *doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués* »[1068]. Il en résulte une obligation de divulgation « édulcorée » afin que les informations protégées des parties à la concentration ne soient pas diffusées. Il est alors possible de s'interroger sur le point de savoir si le contenu complet du dossier de l'opération, en ce compris les informations protégées des parties, peut être connu de tiers.

[1065] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Considérant (42) : « *Dans un souci de transparence, toutes les décisions de la Commission qui ne sont pas de nature purement procédurale devraient faire l'objet d'une large publicité. Tout en préservant les droits de la défense des entreprises concernées, et notamment le droit d'accès au dossier, il est essentiel de protéger les secrets d'affaires. Il convient de même de protéger les renseignements confidentiels échangés au sein du réseau et avec les autorités compétentes des pays tiers.* »

[1066] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, précité

[1067] En droit français, l'article Article R430-8 du code de commerce prévoit également cette publication

[1068] L'article Article L430-10 du code de commerce reprend la même exigence en droit français

237. L'accès au dossier. Le second mode de divulgation concerne les éléments composant le dossier de l'opération de concentration qui comprend des informations sensibles. Comme déjà évoqué, le règlement concentration met en balance le besoin de divulgation et celui de préservation des secrets d'affaires. Dans le cadre de la procédure de concentration, le règlement prévoit une divulgation strictement limitée à ce qui est nécessaire. En conséquence, toutes les informations protégées recueillies par la Commission sont couvertes par le secret professionnel[1069] et sont gardées secrètes si elles ne sont pas indispensables à la procédure[1070].

238. Qualification d'information confidentielle. La Commission définit les informations qualifiées de confidentielles dans sa communication relative aux règles d'accès au dossier[1071]. Les secrets d'affaires concernent les données relatives à l'activité professionnelle d'une entreprise dont la divulgation porterait atteinte aux intérêts de l'opérateur économique[1072]. La variété de ces informations, propres à chaque secteur d'activité, n'a alors d'égale que leur multiplicité. Il peut s'agir « *d'informations techniques ou financières relatives au savoir-faire, des méthodes de calcul des coûts, des secrets de fabrication, des sources d'approvisionnement, des quantités produites et vendues, des parts de marchés, des fichiers de clients et de distributeurs, de la stratégie commerciale, de la structure des coûts et de prix, ou encore de la politique de vente*. » [1073] Dans le même esprit, l'article 41 paragraphe 2 sous b), de la Charte des droits fondamentaux, précise que toute personne a accès au dossier[1074] qui la concerne dans « *le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret*

[1069] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, précité, article 17.2 : « *Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 3, et des articles 18 et 20, la Commission et les autorités compétentes des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents et les autres personnes travaillant sous le contrôle de ces autorités, ainsi que les fonctionnaires et agents d'autres autorités des États membres sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel*. »

[1070] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, précité, article 17.1 : « *Les informations recueillies en application du présent règlement ne peuvent être utilisées que dans le but poursuivi par la demande de renseignements, le contrôle ou l'audition* », voir également Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 18.1 : « 1. *Les informations recueillies, y compris les documents annexes, ne peuvent en aucun cas être communiquées ou rendues accessibles par la Commission lorsqu'elles contiennent des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles dont la divulgation n'est pas considérée par la Commission comme nécessaire pour les besoins de la procédure*. »

[1071] Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, JO C 325 du 22 décembre 2005

[1072] *Ibid.*., pt. 18

[1073] G. Muguet- Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

[1074] Traité par une institution, un organe ou un organisme de l'Union impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable

professionnel et des affaires ». La protection du secret des affaires est ainsi élevée au rang de droit fondamental[1075], encore qualifiée de « *protection toute spéciale* »[1076] en vertu d'un « *principe général dont s'inspirent les règles de procédure du droit de la concurrence* »[1077].

239. Divulgation nécessaire du dossier. Au principe de confidentialité répond l'exigence d'un accès au dossier pour la mise en œuvre des droits de la défense[1078]. Ainsi que le prévoit expressément l'article 17, paragraphe 3[1079], du règlement n° 802/2004, qui définit l'étendue du droit d'accès au dossier, cette divulgation est limitée par deux biais : le contenu des informations communiquées et le choix des destinataires. Afin de satisfaire le respect des droits de la défense, la procédure de concentration use d'un artifice permettant un accès circonscrit au dossier par l'intermédiaire de versions non confidentielles des documents. Cette approche permet une diffusion large des informations tout en préservant les secrets d'affaires. Concrètement, les parties fournissent une copie des documents transmis à la Commission où les informations confidentielles sont occultées. L'accès peut également se faire à travers des résumés ne comprenant pas de données secrètes[1080]. En revanche, la Commission précise que ses documents internes ne sont pas disponibles dans le cadre de l'accès au dossier.[1081]

240. Personnes intéressées. L'accès aux informations de l'opération de concentration est, d'autre part, envisagé pour les « *parties directement intéressées* »[1082]. L'usage de cette locution fait de la mise à disposition du dossier, une démarche avec un champ d'application précisément délimité[1083], tant dans son objectif, faire respecter les droits de la défense, que dans sa portée, limitée aux parties directement intéressées.

[1075] Voir également CJCE, 19 mai 1994, aff. C-36/92, Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven (SEP) NV c/ Commission, recueil 1994 I-01911, pt. 36 : prévoyant « *un principe général du droit des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires.* »

[1076] TPICE 18 sept. 1996, aff. T-353/94, Postbank NV c/ Commission, recueil 1996 II-00921, pt. 87

[1077] *Ibid.*.

[1078] F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », RLC n°34, janvier-mars 2013, Actualités-Eclairage n°2184 p.9 : « *Ainsi, les règles d'accès au dossier en droit de la concurrence adoptent une approche opposée au Règlement Transparence. Le principe est le secret dont l'unique exception est de permettre l'exercice des droits de la défense des entreprises concernées par la procédure.* »

[1079] « *le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles ni aux documents internes de la Commission ou des autorités compétentes des États membres (...)* »

[1080] Communication de la Commission relative à l'accès au dossier, précité, pts 17 à 20

[1081] G. Muguet- Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

[1082] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, précité, article 18.3

[1083] CJUE 28 juin 2012, Commission européenne c/ Éditions Odile Jacob SAS, aff. C-404/10 P, recueil ECLI:EU:C:2012:393, pt 119

Le règlement rappelle de surcroît que l'accès au dossier doit se faire dans le respect de « *l'intérêt légitime* » des entreprises à la préservation de leurs secrets d'affaires[1084]. Il en ressort que l'accès au dossier de concentration et des informations protégées qu'il comporte est restrictivement encadré afin d'assurer un équilibre entre les besoins de la procédure et les exigences de confidentialité des parties.

Un certain trouble peut toutefois naître de l'emploi de l'adverbe « au moins »[1085] dans la désignation des personnes habilitées à se voir communiquer le dossier de concentration : il s'agit « *au moins des parties directement intéressées* ». Par ce terme, le règlement concentration évoque la possibilité d'un accès plus large que les parties strictement concernées, sans pour autant le définir. Une lecture d'ensemble de l'article 18 du règlement n°139/2004 laisse percevoir que l'hypothèse suggérée par la mention « au moins » du paragraphe 3 de l'article 18 doit se comprendre en relation avec les personnes évoquées au paragraphe 5 de ce même article[1086] : c'est-à-dire des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant au regard de l'opération de concentration étudiée. Le principe reste celui d'un accès au dossier strictement circonscrit en vertu du règlement concentration. Compte tenu de cette restriction, certains ont pu tenter d'obtenir une divulgation parallèle sur le fondement du règlement n°1049/2001 (ci-après le « règlement transparence »)[1087], au risque de mettre en péril l'équilibre délicat résultant du règlement concentration. Le règlement n°1049/2001 permet en effet au public de requérir l'accès aux documents administratifs de la Commission. C'est sur ce fondement que les Editions Odile Jacob avaient demandé à la Commission l'accès à plusieurs documents concernant l'opération de concentration Lagardère-Natexis Banques Populaires-Vivendi Universal Publishing[1088].

La société Odile Jacob n'était pas une « partie directement intéressée » par la concentration précitée au sens du règlement n°139/2004. L'objectif de sa requête ne concernait d'ailleurs pas l'opération, mais visait à utiliser les éléments obtenus dans son propre recours contre une

---

[1084] *Ibid.*.

[1085] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, précité, article 18.3 précité : *« L'accès au dossier est ouvert **au moins** aux parties directement intéressées tout en respectant l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués*. » (Nous soulignons)

[1086] Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, précité, article 18.4. : « *Dans la mesure où la Commission ou les autorités compétentes des États membres l'estiment nécessaire, elles peuvent aussi entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant, et notamment des membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées ou des représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises, demandent à être entendues, il est fait droit à leur demande*. »

[1087] Règlement (CE) n°1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

[1088] Affaire COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP – Décision de la Commission C(2003) 5277 du 7 janvier 2004, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen

décision de la Commission, affaire pendante à l'époque devant le Tribunal[1089]. En s'appuyant sur le règlement transparence, la société Odile Jacob tentait d'obtenir la divulgation d'informations qu'elle n'avait pas qualité à recevoir en vertu du règlement concentration. Ce détournement[1090] du règlement transparence de sa fonction initiale, c'est-à-dire rapprocher les décisions des instances européennes du citoyen, pose deux questions fondamentales : celle de l'articulation entre le règlement transparence et les procédures de concurrence pour l'une, et celle de la place de la divulgation aux tiers des informations protégées détenues par les parties à une opération de concentration, pour l'autre.

241. Articulation entre règlement concentration et règlement transparence. L'exigence de transparence consacrée par l'article 15 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[1091] s'est traduite en pratique par la mise en œuvre du règlement transparence n°1049/2001 qui encadre les conditions du droit d'accès aux documents des institutions européennes[1092]. L'articulation de ce règlement avec les spécificités des procédures de concurrence ne résulte pas de la lettre des règlements concernés, aucun d'eux n'abordant cette question. Plusieurs options peuvent dès lors être envisagées.

242. Règles générales et règles spéciales. Face à deux règlements pouvant s'appliquer à une même situation, la première idée est de mettre en œuvre l'adage *lex specialis derogat legi generali* qui fait prévaloir les règles spéciales sur les règles générales. Dans le cas présent, cela aurait pour effet la primauté du règlement concentration sur le règlement transparence. Deux obstacles, l'un pratique, l'autre conceptuel, s'érigent toutefois contre cette répartition des champs d'application. Pratiquement, les règlements transparence et concentration ne comprennent, ni l'un, ni l'autre, de disposition statuant sur une éventuelle primauté de l'un sur l'autre. Conceptuellement, les deux règlementations ont leur légitimité propre et si elles sont toutes deux susceptibles d'aboutir à l'accès aux documents requis, leurs objectifs restent distincts[1093]. Il en résulte qu'aucun des deux règlements ne saurait prévaloir sur l'autre.

[1089] Affaire Editions Odile Jacob/Commission, T-279/04

[1090] L. Idot, " Protection des informations confidentielles", Europe n° 7, Juillet 2015, comm. 269

[1091] Article 15 §3 TFUE : « *Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés conformément au présent paragraphe*. »

[1092] F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », RLC n°34, janvier-mars 2013, Actualités-Eclairage n°2184 p.9

[1093] *Ibid.*.

243. Autonomie du règlement transparence. Il est dès lors possible d'appréhender les règlements de manière autonome. Cette option évite la question du conflit de normes[1094] en considérant que le règlement transparence est d'application générale et ne prévoit « *aucune exception relative aux enquêtes de concurrence* ». Les seules exceptions à la communication des documents de la Commission, y compris dans les domaines relevant des règles de concurrence, devraient être celles visées par le règlement transparence. Ce fut le raisonnement tenu par le Tribunal dans l'affaire Odile Jacob[1095], retenant que « *les dispositions relatives à l'accès du public aux documents de la Commission s'appliquent à tous les documents détenus par cette institution, c'est-à-dire à tous les documents établis ou reçus par elle et en sa possession, dans tous les domaines d'activité de l'Union européenne* »[1096]. Il en résultait que la Commission aurait dû examiner de manière concrète et effective pour chaque document dont la communication était requise si une exception à sa transmission en vertu du règlement transparence était applicable.

Une telle mise en œuvre du règlement transparence aboutissait à ne prendre aucunement en compte les spécificités des règles de concurrence[1097] et privait d'effet les « *garanties de confidentialité prévues par les règles de procédure concurrence concernant les informations communiquées à la Commission dans le cadre de l'enquête* »[1098]. Autrement dit, sous couvert d'autonomie du règlement transparence, les règles de concurrence et la confidentialité afférentes se trouvaient anéanties, alors même que les documents requis se caractérisaient par leur caractère sensible. Si le Tribunal a privilégié cette deuxième appréciation, la Cour[1099] a, quant à elle, choisi de suivre une troisième voie qui permet d'assurer une application du règlement transparence compatible et cohérente avec les règles de concurrence[1100] et, partant, d'en éviter le détournement[1101].

[1094] F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », RLC n°34, janvier-mars 2013, Actualités-Eclairage n°2184 p.9

[1095] TUE 9 juin 2010, aff. T-237-05, Odile Jacob SAS c/ Commission, recueil 2010 II-02245, ECLI:EU:T:2010:224

[1096] TUE 9 juin 2010, aff. T-237/05, Odile Jacob SAS c/ Commission, précité, pt 86

[1097] F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », précité

[1098] *Ibid.*.

[1099] CJUE 28 juin 2012, Commission européenne c/ Éditions Odile Jacob SAS, aff. C-404/10 P, ECLI:EU:C:2012:393

[1100] CJUE 28 juin 2012, aff. C-404/10, Commission c/ Éditions Odile Jacob, précité, pt. 110, et CJUE, 28 juin 2012, aff. C-4 77/10 P, Commission c/ Agrofert Holding, EU:C:2012:394, pt. 52

[1101] CJUE 28 juin 2012, Commission européenne c/ Éditions Odile Jacob SAS, aff. C-404/10 précité, pt 122. : « *Si les personnes autres que celles habilitées à accéder au dossier par la réglementation sur la procédure de contrôle des opérations de concentration entre entreprises ou celles qui pouvaient être considérées comme intéressées, mais qui n'ont pas utilisé leur droit d'accès aux informations ou qui se le sont vu refuser, étaient en mesure d'obtenir l'accès aux documents relatifs à une telle procédure sur le fondement du règlement no 1049/2001, le régime institué par cette réglementation serait mis en cause*. »

244. L'établissement d'une présomption générale. La Cour estime que la protection des objectifs des activités d'enquêtes est étroitement liée à celle relative à la protection des intérêts commerciaux[1102]. L'intérêt public résultant de la nécessité de préserver les activités d'enquête de la Commission rejoint alors l'intérêt privé des opérateurs économiques de sauvegarder leurs informations commerciales sensibles[1103]. Concrètement, la Cour, suivant sa jurisprudence TGI en matière d'aides d'état[1104], édicte une présomption générale concernant certaines catégories de documents dont la divulgation porterait atteinte aux activités d'enquête ou aux intérêts commerciaux des agents concernés par l'opération de concentration. Contrairement à la vision du Tribunal, la Cour de justice retient qu'il n'est pas nécessaire que la Commission détaille la mesure dans laquelle la communication de chaque document porterait atteinte aux intérêts précités pour refuser leur transmission[1105]. Toutes les informations relevant d'une même catégorie[1106] peuvent être écartées du droit d'accès au sens du règlement transparence, sans qu'il soit nécessaire de les examiner individuellement. [1107]

Cette présomption générale est d'application large : la Cour précise qu'elle s'impose quel que soit l'état de la procédure, clôturée ou pendante[1108]. Cela s'explique par le fait que la diffusion d'informations sensibles est susceptible de porter atteinte aux intérêts commerciaux des opérateurs et de nuire à la collaboration présente ou future avec la Commission lors d'une telle procédure[1109]. A l'inverse, s'agissant des documents internes de la Commission, la présomption ne vaut qu'aussi longtemps que le résultat de la procédure administrative en

[1102] CJUE 28 juin 2012, aff. C-404/10, Commission c/ Éditions Odile Jacob, précité,, pt. 115, et CJUE, 28 juin 2012, aff. C-4 77/10 P, Commission c/ Agrofert Holding, précité, pt. 56

[1103] F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », précité

[1104]CJUE 29 juin 2010, aff. C-139/07 P, Commission européenne c/ Technische Glaswerke Ilmenau, recueil EU:C:2010:376

[1105] Transmission intégrale ou partielle cf G. Muguet-Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

[1106] CJUE 28 juin 2012, aff. C-404/10, Commission c/ Éditions Odile Jacob, précité, pt. 116 ; CJUE, 28 juin 2012, aff. C-4 77/10 P, Commission c/ Agrofert Holding, pt. 57, avec une référence à CJUE, 29 juin 2010, aff. C-139/07 P, Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau, précité, pts. 53 à 57

[1107] G. Muguet-Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

[1108] CJUE 28 juin 2012, aff. C-404/10, Commission c/ Éditions Odile Jacob, précité, pts. 123 et 124

[1109] G. Muguet- Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

cause n'est pas devenu définitif[1110]. La Commission est ensuite astreinte à un examen individuel et concret de chaque document demandé.[1111]

La Cour admet qu'il puisse être démontré que la divulgation demandée n'est pas couverte par la présomption ou qu'il existe un intérêt public supérieur justifiant la divulgation de ce document en vertu de l'article 4, paragraphe 2, du règlement 1049/2001[1112]. Mais cette hypothèse semble réduite à la portion congrue dans la mesure où la Cour ne donne pas d'indication sur la manière de parvenir à ce résultat.[1113] L'articulation jurisprudentielle, entre le règlement transparence et le règlement concentration résultant de la jurisprudence, permet ainsi une compatibilité délicate entre les deux règlementations, favorisant une confidentialité nécessaire du dossier de concentration. La divulgation imposée de ces informations protégées est alors strictement circonscrite aux besoins de l'opération de concentration.

245. Tentatives d'évolutions du règlement transparence. Des discussions sur une évolution de cette appréciation ont, tour à tour, été engagées par le Parlement européen et par la Commission. Une modification du règlement transparence reste toutefois à l'état de projet tant les visions des deux institutions semblent opposées[1114]. Dès le 15 mars 2006, le Parlement européen proposait, dans son rapport[1115], plusieurs recommandations sur l'accès aux documents des institutions, en particulier concernant la définition des exceptions à la communication de documents[1116]. Il envisageait alors une appréciation restrictive de la confidentialité des documents ainsi qu'un contrôle par le Parlement européen. En 2014, le

[1110] CJUE 28 juin 2012, aff. C-404/10, Commission c/ Éditions Odile Jacob, précité, pt. 130 et CJUE, 28 juin 2012, aff. C-4 77/10 P, Commission c/ Agrofert Holding, précité, pt. 75

[1111] G. Muguet-Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

[1112] CJUE 28 juin 2012, aff. C-404/10, Commission c/ Éditions Odile Jacob, précité, p.126 et CJUE, 28 juin 2012, aff. C-477/10 P, Commission c/ Agrofert Holding, précité, pt 68 ; voir également TUE, ord. 25 octobre 2013, T-561/12 Jürgen Beninca c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2013:558, pt 26

[1113] G. Muguet-Poullennec, « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », RLC n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

[1114] Rapport du Parlement européen sur l'accès du public aux documents (article 104, paragraphe 7, du règlement), années 2011-2013 (2013/2155(INI)) n° A7-0148/2014 du 27 février 2014, disponible à l'adresse : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0148+0+DOC+XML+V0//FR#title2 , point 20 ; voir également F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », précité

[1115] Rapport du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur l'accès aux documents des institutions (2004/2125(INI)) du 15 mars 2006, disponible à l'adresse : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0052+0+DOC+XML+V0//FR

[1116] *Ibid.*. recommandation n°3

Parlement européen reprenait ces demandes[1117], en visant notamment l'hypothèse d'un programmement de clémence[1118]. Face à ces exigences accrues de transparence, la Commission a, quant à elle, présenté une proposition de règlement le 30 avril 2008[1119] privilégiant le respect d'une confidentialité nécessaire à la mise en œuvre des enquêtes de concurrence. Cette faveur s'est traduite par l'introduction de l'interdiction d'une communication de documents tant que l'enquête n'est pas close ou l'acte devenu définitif[1120]. Au cours de la phase d'enquête, seules les règles spécifiques de la matière devraient trouver à s'appliquer[1121] afin de préserver la portée des règles de concurrence. De la même manière, les informations obtenues dans le cadre de ces procédures devraient bénéficier de la même protection après que la décision correspondante est devenue définitive[1122].

Cette intégration des règles de concurrence dans le règlement transparence[1123] est toutefois loin d'être acquise tant les points de vue semblent opposés[1124]. L'articulation entre les règlements proposée par la Cour a dès lors vocation à s'appliquer au bénéfice des opérateurs économiques qui voient ainsi limitée la divulgation obligatoire de leurs informations protégées dans le cadre des opérations de concentration[1125]. Outre la divulgation

---

[1117] [1117] Rapport du Parlement européen sur l'accès du public aux documents n° A7-0148/2014 du 27 février 2014, précité, Considérant C)

[1118] *Ibid.*., Considérant AF) et point 4

[1119] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (présentée par la Commission) du 30 avril 2008, COM(2008) 229 final

[1120] Proposition de règlement relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, précité, Proposition d'un nouvel article 2.6 : « *Sans préjudice des droits d'accès spécifiques des parties intéressées établis par le droit communautaire, les documents faisant partie du dossier administratif d'une enquête ou d'une procédure relative à un acte de portée individuelle ne sont pas accessibles au public tant que l'enquête n'est pas close ou que l'acte n'est pas devenu définitif. Les documents contenant des informations recueillies ou obtenues auprès de personnes physiques ou morales par une institution dans le cadre d'enquêtes de ce type ne sont pas accessibles au public*. »

[1121] Proposition de règlement relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, précité, Point 3-2 : « *L'accès aux documents liés à l'exercice des pouvoirs d'enquête d'une institution devrait être exclu jusqu'à ce que la décision correspondante ne puisse plus faire l'objet d'un recours en annulation ou que l'enquête soit close. Au cours de cette phase d'enquête, seules des règles spécifiques en la matière s'appliqueront. Les règlements régissant les procédures dans les domaines de la concurrence et de la défense commerciale (antidumping, antisubventions et sauvegarde) et les procédures dans le cadre du règlement sur les obstacles au commerce contiennent des dispositions concernant les droits d'accès privilégiés accordés aux parties intéressées, ainsi que des dispositions en matière de publication14. Ces règles seraient compromises si le public se voyait accorder un droit d'accès élargi en vertu du règlement (CE) n° 1049/2001. Les informations obtenues auprès de personnes morales ou physiques au cours de ces enquêtes devraient continuer d'être protégées après que la décision correspondante est devenue définitive*. »

[1122] *Ibid.*.

[1123] F. de Bure et J-B. Pinçon, « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », précité

[1124] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission COM (2008) 229 final du 30/04/2008 - Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, Texte déposé au Sénat le 14/05/2008, Examen par la commission des affaires européennes le 15 janvier 2010, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/ue/pac/E3861.html

[1125] Voir *supra*

d'informations protégées concernant l'opération de concentration en tant que telle, les agents économiques peuvent également être confrontés à la diffusion contrainte de données résultant de ladite opération de concentration.

§2. La divulgation de l'information protégée comme condition de réalisation de la concentration

246. L'opération de concentration peut être autorisée sous réserve de la divulgation d'informations protégées. La diffusion de données est imposée comme condition de l'autorisation de la concentration (**A**). Mais le phénomène inverse est susceptible de se produire. La non-divulgation d'informations apparaît alors comme une composante nécessaire de l'opération (**B**).

A/ La divulgation de l'information protégée comme engagement des parties à la concentration

247. Engagements devant l'autorité de concurrence. Lorsqu'une concentration pose des problèmes de concurrence, notamment en créant ou en renforçant une position dominante, les parties peuvent proposer des engagements[1126] qui ont pour vocation de remédier aux éventuels effets anticoncurrentiels de l'opération et la rendre compatible avec les exigences du marché national ou communautaire. Ce système consistant pour les parties à modifier la concentration en y intégrant des mesures correctives est prévu aussi bien par la règlementation européenne[1127] que par le code de commerce français[1128], et peut intervenir quelle que soit la phase d'examen de la concentration[1129]. Ce processus, amenant les parties à soumettre à l'autorité de concurrence des solutions de nature à garantir la concurrence tout en menant à bien l'opération de concentration souhaitée, « *assure le respect de la liberté concurrentielle des entreprises concernées* »[1130] ainsi que la « *liberté concurrentielle d'ensemble* »[1131]. En

[1126] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n°139/2004 du Conseil et au règlement n°802/2004 de la Commission, 2008/C 267/01, pt 5
[1127] Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Considérant 30), articles 6 §2 et 8§2
[1128] Articles L430-5 et L430-7 du code de commerce
[1129] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 18, Articles L430-5 et L430-7 du code de commerce, précités
[1130] M. Malaurie-Vignal, « Pratiques anticoncurrentielles - Engagements, droit de la concurrence et droit des contrats », ccc n° 2 février 2007, Repère 2 ; M. Malaurie-Vignal,« Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire ? », ccc n°1 janvier 2011, repère n°1 ; Thibault Schrepel, « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principe de proportionnalité (1/2) », 4 octobre 2012, revue

effet, ce sont les parties qui proposent[1132] et acceptent les mesures correctives appropriées ; leur liberté contractuelle est sauvegardée. L'autonomie de la volonté se présente comme un soutien de la libre concurrence, en permettant aux parties de s'engager à mettre en œuvre des mesures choisies, destinées à résoudre les conséquences anticoncurrentielles de l'opération. Enfin, la liberté d'entreprendre des parties est préservée dans la mesure où les engagements pris autorisent la mise en œuvre de la concentration notifiée. La libre concurrence en ressort confortée par ces propositions assurant un équilibre entre la concentration et ses effets sur le marché.

248. Risque de disproportion des engagements. Certains auteurs[1133] font toutefois valoir les risques de disproportion que comportent les engagements. L'emploi du conditionnel dans le considérant 30 du règlement n°139/2004 mentionnant que « *ces engagements devraient être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement* » sous-entend que la Commission peut parfaitement accepter des propositions qui excèderaient ce qui est strictement nécessaire pour éviter les problèmes de concurrence. Le Tribunal de première instance[1134] a suivi ce raisonnement en considérant que les engagements peuvent aller « *au-delà du rétablissement de la situation antérieure à la concentration* », les parties n'étant pas « *contraintes de se limiter à proposer des engagements visant strictement à rétablir la situation de concurrence* »[1135]. Dans une espèce relative à l'application d'engagements à l'occasion d'une décision de la Commission exigeant la cessation d'une infraction[1136], cette interprétation a également été retenue par la Cour de justice estimant que les parties « *acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission*

---

concurrentialiste, disponible à l'adresse https://leconcurrentialiste.com/2012/10/04/strategie-concurrentielle-engagements-proportionnalite/

[1131] *Ibid.*.

[1132] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pts 6 et 19 : la Commission ne peut pas proposer des engagements, ceux-ci doivent impérativement avoir pour les parties notifiantes pour origine

[1133] *Ibid.*.

[1134] TPICE 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission, aff T-282/02, recueil 2006 II-319, pt 308, commenté par L. Idot, Europe n°4 avril 2006, comm. 121, pourvoi rejeté par CJCE 18 décembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie BV, aff C-202/06 P, recueil 2007 I-12129

[1135] *Ibid.*.

[1136] En vertu du règlement n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, article 9 §1 qui dispose : « *Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse*. »

elle-même pourrait leur imposer »[1137] et que « *la Commission n'est pas tenue de rechercher elle-même des solutions moins rigoureuses ou plus modérées que les engagements qui lui ont été proposés* »[1138]. Les deux types d'engagements répondent à la même logique[1139] : il s'agit dans les deux cas de remédier à des préoccupations de concurrence par le biais d'adaptations – comportementales ou structurelles – consenties par les parties. Il en résulte que l'exigence de proportionnalité, y compris à l'égard de concessions plus importantes que nécessaire, est appréciée au regard de la spécificité des engagements tenant au fait que ce sont les parties qui choisissent de s'engager[1140]. A cet égard, la jurisprudence européenne donne « *une portée décisive à la volonté des entreprise* »[1141] et réduit d'autant le contrôle juridictionnel de la décision qui se borne à vérifier que l'entreprise n'offrait pas des engagements moins contraignants pour le même résultat[1142].

249. En droit interne, la proportionnalité des engagements pris à l'occasion d'une opération de concentration est appréciée en prenant en considération leur nature particulière tenant à leur incorporation à une décision d'autorisation émanant de l'administration[1143]. Celle-ci est alors tenue d'incorporer dans sa décision « *la seule partie des engagements proportionnée aux finalités poursuivies* »[1144]. Cette pratique rejoint celle des engagements pris dans le cadre d'une évaluation préliminaire de préoccupations de concurrence où l'Autorité ne rend pas obligatoires des engagements qui excèdent la résolution des préoccupations de concurrence, tout en pouvant donner acte de mesures complémentaires proposées par l'entreprise concernée[1145]. En d'autres termes, des engagements disproportionnés ne sont pas imposés aux opérateurs qui peuvent néanmoins s'engager au-delà de la stricte résolution du risque

[1137] CJUE 29 juin 2010, Commission européenne c/ Alrosa Company Ltd., aff C-441/07 P., recueil 2010 I-05949, pt 48 pour les engagements dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles
[1138] CJUE 29 juin 2010, aff C-441/07 P., Alrosa, précité pt 61
[1139] P. Kipiani, « Les engagements : vers un droit « négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles », ccc n° 12, Décembre 2010, étude 13
Etude par
[1140] CJUE 29 juin 2010, aff C-441/07 P., Alrosa, précité, pt 41
[1141] F. Blanc, « Les engagements dans le droit français des concentrations », éd. LGDJ, Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit public tome 284, 2015
[1142] V. Sélinsky, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », Les Dossiers de la RIDE n°4, 2011 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p. 59
[1143] F. Blanc, « Les engagements dans le droit français des concentrations », précité, pt 443
[1144] *Ibid.*. pt 444
[1145] Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 39

concurrentiel identifié[1146], afin notamment de préserver la cohérence de l'engagement souscrit[1147].

Monsieur Schrepel[1148] considère que le risque de disproportion des concessions au regard des préoccupations de concurrence fait échapper la négociation de ces engagements aux règles du droit des contrats. Il nous semble, à l'inverse, qu'il ressort de la liberté contractuelle des parties de proposer et d'accepter des engagements qui puissent aller au-delà du strict nécessaire. Ce n'est pas tant la proportion des engagements qui est susceptible de heurter le droit des contrats que la question de l'existence d'une réelle liberté de contracter ou non. Autrement dit, dans les circonstances dans lesquelles le mécanisme des engagements est envisageable, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si les parties sont réellement libres d'y souscrire ou si elles y sont contraintes. A notre sens, la réponse à cette question est double : juridiquement, rien n'oblige les parties à prendre des engagements. Pragmatiquement, la décision de proposer des engagements entre dans une réflexion mettant en jeu la volonté des parties de réaliser une opération de concentration qui peut s'avérer déterminante.

250. Engagement structurel ou comportemental. Les mesures correctives, de nature très diverse, peuvent être divisées en deux grandes catégories[1149] : engagements structurels et engagements comportementaux. Ceux-ci varient selon le marché en cause, l'organisation des parties et les types d'atteinte à la concurrence[1150]. La seule exigence est qu'ils répondent à l'objectif de conservation d'une concurrence effective[1151]. La divulgation de l'information

[1146] Voir à titre d'exemple la décision n°07-D-31 du 9 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par un constructeur automobile, pt 66

[1147] F. Blanc, « Les engagements dans le droit français des concentrations », précité, pt 444

[1148] Thibault Schrepel, « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principe de proportionnalité (1/2) », précité

[1149] Merger Remedies Study - Public version, DG COMP, Commission européenne, Octobre 2005, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, pt 30 et suivants p.17 et suivantes

[1150] P. Bougette, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », Revue internationale de droit économique, 2011, dossier spécial n°4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p.111

[1151] TPICE 25 mars 1999, Gencor Ltd c/ Commission, aff. T-102/96, Recueil 1999 II-00753, pt 317 et 318 ; CJCE 15 février 2005, Commission c/ Tetra Laval BV, aff. C-12/03 P, Recueil 2005 I-00987, pt 86 à 88 ; TPICE 30 septembre 2003, Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) c/ Commission, aff. T-158/00, Recueil 2003 II-03825, pt 192 ; voir également Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 15

protégée peut intervenir dans le cadre des deux types de mesures : celles affectant la structure du marché ou celles concernant le comportement des parties[1152].

251. Divulgation d'information et engagement structurel. Un engagement structurel se traduit concrètement par des transferts de droits de propriété[1153]. Compte tenu de l'objectif des mesures correctives de préservation du marché, les engagements à caractère structurel sont regardés plus favorablement par les autorités de concurrence. Ils permettent en effet de s'assurer durablement que la concentration réalisée n'altère pas la structure du marché[1154]. Il existe une hypothèse où la divulgation de l'information protégée, bien que ne correspondant pas *stricto sensu* à un transfert de propriété, est qualifiée comme tel par la Commission.

Il s'agit du cas dans lequel est concédée une licence exclusive de droits de propriété intellectuelle à long terme [« *long-term exclusive licence* »[1155]], c'est-à-dire, soit jusqu'à expiration des droits, soit à durée illimitée[1156] [« *with indefinite duration or until expiration of patent protection* »[1157]], ne connaissant pas de restriction d'exploitation ou géographique[1158]. La licence[1159] emporte divulgation de l'information protégée constituée par le droit de propriété intellectuelle concédé. Lorsque le but de l'engagement est de céder une partie de l'activité, une telle licence à long terme emporte transfert de position de marché[1160]. En de telles circonstances, la diffusion de l'information protégée rendue obligatoire par le système d'engagement renforce la concurrence. Il en va de même en cas de cession de droits de propriété intellectuelle. De tels engagements, licence exclusive ou cession, sont lourds de conséquences pour leurs titulaires qui se voient dépossédés d'informations protégées par une divulgation irréversible et exclusive destinée à maintenir la concurrence. Il faut toutefois

---

[1152] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », éd. LexisNexis Litec, Coll. IRPI n°32, 2009, n°215 p. 182 et suivantes

[1153] P. Bougette, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », Revue internationale de droit économique, 2011, dossier spécial n°4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p.111

[1154] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n°139/2004 et au règlement n°802/2004, précitée, pt 15

[1155] Merger Remedies Study - Public version, DG COMP, précité, pt 32 p.18

[1156] Un bémol doit toutefois être ajouté à l'hypothèse d'une licence à durée indéterminée, celle-ci pouvant être résilée à tout moment sous réserve du respect d'un préavis suffisant

[1157] Merger Remedies Study - Public version, DG COMP, précité, pt 32 p.18

[1158] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 38 ; à cet égard, en cas d'incertitude sur la portée ou les modalités de la licence, une cession de droits devra être préférée.

[1159] Alors qualifiée d'engagement « quasi-structurel » cf J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », éd. Bruylant 2012, n°1009, p.569

[1160] Merger Remedies Study - Public version, DG COMP, précité, pt 32

nuancer cette position par le fait qu'il s'agit d'une divulgation consentie, l'accord des parties étant un préalable sans lequel de tels engagements ne peuvent être envisagés.

Les parties notifiant une opération de concentration peuvent également adjoindre à leurs engagements structurels, des engagements comportementaux. Ceux-ci sont susceptibles de renforcer la portée des engagements structurels[1161] ou d'exister de manière indépendante.

252. Divulgation d'information et engagement comportemental. Les engagements comportementaux sont de nature extrêmement variée afin de répondre au mieux à leur objectif de rendre la concentration envisagée compatible avec les exigences du marché. Ils sont adaptés à chaque espèce. La Commission les divise en trois catégories : l'accès de tiers à des infrastructures, l'accès à une technologie *via* des licences obligatoires ou l'arrêt d'accords exclusifs verticaux[1162]. L'autorité française de la concurrence reprend une typologie proche. Elle considère ainsi que la divulgation d'informations protégées est susceptible de constituer un engagement comportemental, soit en tant que tel par le biais d'une diffusion non exclusive de données[1163], soit à travers des licences de droits portant sur des informations protégées[1164].
Il existe plusieurs cas où un engagement comportemental de diffusion d'une information protégée est opportun. Il en va ainsi lorsque le marché est verrouillé en l'absence d'un accès à une technologie clé ou à des droits de propriété intellectuelle[1165]. Cela peut se traduire par une absence de communication d'informations nécessaires à la mise en œuvre de l'interopérabilité d'équipements différents[1166] ou par la diminution, voire la cessation de l'octroi de licences requises pour une coopération efficace entre les acteurs[1167]. Dans de telles hypothèses, les parties devraient garantir un accès non discriminatoire et transparent[1168] à ces informations,

---

[1161] Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, disponibles à l'adresse : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf, pt 615 : « *Par exemple, pour plusieurs opérations sur lesquelles la Commission a conclu qu'elles portaient atteinte à la concurrence du fait de la disparition d'un concurrent potentiel, des engagements combinant cessions d'actifs et obligation de conférer l'accès à des infrastructures essentielles ont été pris afin de renforcer la crédibilité des concurrents restant sur le marché* », voir également les décisions citées : décision de la Commission COMP/M.1630 Air Liquide/BOC, IV/M.1630, décision de la Commission 2001/98/CE, Telia/Telenor IV/M.1439et décision de la Commission 2002/164/CE, EDF/EnBW COMP/M.1853
[1162] Merger Remedies Study - Public version - DG COMP, précité, pt 36
[1163] Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, précitées, pt 608.
[1164] *Ibid.. :* Il peut s'agir de *« l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures de manière non discriminatoire et transparente, de l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies ».*
[1165] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 66
[1166] *Ibid..*
[1167] *Ibid..*
[1168] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 62

droits et technologies *via* des communications[1169] non exclusives[1170], dont les modalités n'empêchent pas leur mise en œuvre[1171]. Cela signifie que les parties s'engagent à transmettre leurs informations protégées de telle sorte que cette divulgation assure la pérennité de la structure du marché. Qu'il s'agisse d'une communication non exclusive des informations ou d'une licence de droits de brevet, de marque ou un transfert de savoir-faire, ces engagements comportementaux « *n'altèrent pas la structure du marché ou des actifs détenus pas les entreprises concernées* »[1172].

Si cette proposition paraît de prime abord en cohérence avec le fait que la propriété des droits de propriété intellectuelle ou la détention d'informations protégées ne sont pas remises en cause[1173] par les engagements comportementaux, il est possible de s'interroger sur cette la réalité de cette affirmation. Dans la mesure où la communication non exclusive d'informations protégées en dépossède véritablement son titulaire, et où les licences imposées de droits de propriété intellectuelle ainsi que les transferts de savoir-faire aboutissent à autoriser des tiers à utiliser des droits et technologies auparavant réservés, il nous semble, à l'inverse, que la structure du marché peut s'en trouver modifiée. Ces « *contraintes sur les droits de propriété* »[1174] réalisées à l'occasion de l'opération de concentration aboutissent à influer le marché, y compris dans sa structure, en permettant à des tiers de faire usage d'informations protégées auxquelles ils n'avaient précédemment pas accès. A cet égard, la Commission fait une distinction selon le contenu de la licence octroyée ainsi que sa durée. Elle estime qu'une licence de droits de propriété intellectuelle emporte transfert d'une position de marché lorsqu'il s'agit d'une licence d'une durée très longue portant sur un véritable « *business* »[1175]. Si la licence ne répond pas à ces critères, elle est « seulement » qualifiée de droit d'accès. De nouveau, si nous comprenons la logique de cette dichotomie, elle semble faire fi de l'importance de la divulgation de l'information protégée selon les marchés. A titre d'exemple, une durée étendue pour une licence est sans intérêt dans le domaine informatique tant les avancées technologiques sont rapides et les cycles courts.

[1169] Licence de droits, transferts de savoir-faire ou toute autre forme de divulgation d'informations protégées

[1170] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 66

[1171] A titre d'exemple par des conditions financières inacceptables, la Communication de la Commission prévoit à cet égard en son point 66 que les engagements doivent faire apparaître les modalités et conditions de tarification, le cas échéant par le biais de formules tarifaires

[1172] P. Bougette, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », précité

[1173] Au sens d'un transfert d'une partie à une autre ou un tiers, comme cela serait le cas d'un engagement structurel

[1174] P. Bougette, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », précité

[1175] Merger Remedies Study - Public version - DG COMP, European Commission October 2005, précité, pt 33

L'appréciation de la portée d'engagements visant la divulgation d'informations protégées nous semble donc intrinsèquement liée au cas d'espèce et à la structure propre de chaque marché. Elle apparaît en tout état de cause comme un moyen de préserver l'accès des concurrents actuels ou potentiels au marché[1176]. A titre d'exemple, la SNCF s'est engagée à garantir aux concurrents de l'opérateur de transport Keolis, dont elle prenait le contrôle conjoint, puis exclusif[1177], un accès non discriminatoire aux informations et services requis pour permettre une intermodalité entre transport routier et transport ferroviaire[1178].

253. Les limites des engagements comportementaux. Il existe deux principales limites à l'emploi de remèdes comportementaux. La première vise les tiers. Il n'est en effet pas rare que les engagements incluent des éléments concernant des opérateurs qui ne sont pas partie à l'opération[1179]. La mise en œuvre de ces engagements peut alors se trouver confrontée aux comportements imprévisibles de tiers qui ne sont aucunement tenus par les obligations que se sont fixées les parties à la concentration. Il est alors recommandé aux agents économiques d'anticiper la mise en œuvre d'engagements et notamment les comportements incertains des tiers, en prévoyant des solutions alternatives qui pourront être mises en œuvre le cas échéant[1180]. La liberté contractuelle des parties doit alors permettre d'anticiper les aléas de l'application des engagements afin de préserver la liberté d'entreprendre des parties. Cette première limite vaut également pour les engagements structurels.

La seconde limite, spécifique, cette fois-ci, aux engagements comportementaux tient aux coûts de surveillance inhérents à ce type d'obligation[1181]. Les mesures comportementales requièrent un examen régulier afin de vérifier leur mise en œuvre[1182]. Cette exigence se retrouve dans le cas de mesures structurelles consistant en des licences exclusives. Dans ces hypothèses, l'engagement ne bénéficie pas du caractère durable des transferts d'actifs,

---

[1176] *Ibid.. pt 607*

[1177] Aut. conc. 12 janvier 2010, décision n° 10-DCC-02 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec, pt 108 ; et Aut. conc. 5 septembre 2012, décision n° 12-DCC-129 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations, pt 59 et suivants ainsi que 71 à 73

[1178] Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, précitées, pt 609

[1179] M. Gaved, « Bonnes Pratiques dans le suivi des engagements », Concurrences N° 3-2012 I Colloque « Remèdes et contrôle des concentrations », conférence du 20 avril 2012, p.9

[1180] *Ibid..*

[1181] P. Bougette, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », Revue internationale de droit économique, 2011, dossier spécial n°4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p.111

[1182] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 66 ainsi que 129 et 130, via notamment la désignation d'un mandataire ; voir également les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations sur cette question, pt 291 et suivants

permettant d'écarter définitivement les effets éventuellement anticoncurrentiels de la concentration. De surcroît, si la Commission ne peut s'assurer que les mesures correctives seront effectivement mises en œuvre, elle peut les refuser au motif que l'absence de contrôle limite l'effet des engagements[1183]. Les parties doivent alors trouver un autre moyen pour convaincre l'autorité de concurrence du bien-fondé de l'opération.

254. Une alternative, les engagements publics. A la faculté pour les parties de proposer des engagements à l'autorité de concurrence chargée d'autoriser l'opération de concentration envisagée, s'ajoute une autre voie, celle d'engagements publics. Elle a été notamment utilisée par la société Oracle, lors du rachat de Sun Microsystems. Cette concentration avait provoqué un certain émoi dans les milieux concernés car elle aboutissait à ce que la société Oracle, détentrice de solutions de bases de données propriétaires, acquière la base de données open source MySQL. La crainte de la communauté open source résidait dans l'éventualité que la société Oracle dégrade voire élimine MySQL. Afin de juguler ces inquiétudes et pour permettre la mise en œuvre du rachat, la société Oracle a fait l'annonce publique de dix engagements le 14 décembre 2009[1184], en indiquant notamment qu'elle continuerait à faire évoluer MySQL et qu'elle mettrait à disposition les versions à venir sous licence GPL[1185]. Ces déclarations ne sont pas des engagements obligatoires au sens des articles 6 §2 et 8 §2 du règlement n°139/2004 du règlement. La Commission indique d'ailleurs expressément qu'il ne s'agit pas de « *mesures correctives formelles* »[1186], mais d'éléments factuels, *« factual elements* », qu'elle prend en considération dans l'examen du rachat notifié. Les déclarations d'Oracle n'ont donc pas la même valeur que des engagements juridiquement contraignants pris devant la Commission. Ils ne sont toutefois pas dénués de portée.

[1183] Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n°139/2004 et n°802/2004, précitée, pt 14

[1184] Après avoir transmis lesdits engagements à la Commission le 11 décembre 2009, après l'audition d'Oracle les 10 et 11 décembre et sa réponse du 3 décembre 2009 à la communication des griefs envoyée par la Commission le 9 novembre 2009

[1185] Licence libre : licence publique générale GNU, dont l'objectif est de garantir la liberté d'exécuter le logiciel, pour n'importe quel usage, la liberté d'adapter le programme à ses besoins, ce qui passe par l'accès aux codes sources, la liberté de redistribuer des copies et l'obligation de partager les versions modifiées cf https://www.gnu.org/licenses/quick-guide-gplv3.html ; pour un accès au texte complet de la licence, voir https://www.gnu.org/licenses/gpl.html disponible au 5 novembre 2018.

[1186] Résumé de la décision de la Commission du 21 janvier 2010 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE, Affaire COMP/M.5529 — Oracle/Sun Microsystems, notifiée sous le numéro C(2010) 142 final, pt 38, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0409(01)&from=EN ; dans le corps de la décision en anglais, seule faisant foi, voir pt 181 disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5529_20100121_20682_en.pdf

D'une part, en considérant les annonces d'Oracle comme des faits examinés dans le cadre de la concentration, la Commission se réserve la possibilité de remettre en cause l'autorisation donnée sur le fondement d'informations inexactes s'il s'avérait que la société Oracle ne se conforme pas à ses déclarations[1187]. D'autre part, le caractère public des promesses d'Oracle est de nature à fortement influencer sa conduite, tout écart constaté[1188] mettant en cause sa réputation[1189]. Enfin, Oracle a dû mettre en œuvre concrètement ses engagements en modifiant notamment des clauses contractuelles des contrats préexistants avec Sun Microsystems[1190]. Les engagements publics peuvent donc être très efficaces, en permettant d'obtenir une autorisation de l'autorité de concurrence pour l'opération de concentration envisagée. Cette stratégie « *assure le respect de libre détermination par l'entreprise de sa stratégie concurrentielle* »[1191]. En d'autres termes, la liberté contractuelle des opérateurs est parfaitement employée pour assurer une libre concurrence tout en préservant leur liberté d'entreprendre. Le système des engagements volontaires permet ainsi de préserver l'autonomie de la volonté des opérateurs qui proposent et décident des mesures, rendues par la suite obligatoires par l'autorité de concurrence. Le caractère imposé de la divulgation transparaît dans la sanction de l'inexécution des engagements.

255. Sanction de l'inexécution des engagements. L'inexécution des mesures correctives est lourde de conséquences pour les parties à l'opération de concentration. Outre le risque de se voir infliger amendes et injonctions[1192], les opérateurs encourent les dangers d'une révocation de la décision d'autorisation de la concentration[1193]. A titre d'exemple, l'Autorité française de la concurrence a constaté le 20 septembre 2011 le non-respect par le Groupe Canal Plus des engagements pris dans le cadre de la fusion avec le bouquet satellite de la société TPS. L'Autorité a sanctionné ce manquement par une amende de 30 millions d'euros et a

[1187] T. Schrepel, « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration et relation avec l'autorité de concurrence (2/2) », 10 octobre 2012, revue concurrentialiste, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse https://leconcurrentialiste.com/2012/10/10/strategie-concurrentielle-operations-de-concentration-et-relation-autorite-de-concurrence/

[1188] En particulier par la communauté open source, extrêmement vigilante

[1189] Décision de la Commission du 21 janvier 2010, Affaire COMP/M.5529, précité, pt 153

[1190] *Ibid..,* pt 176

[1191] Thibault Schrepel, « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration et relation avec l'autorité de concurrence (2/2) », précité

[1192] Par la Commission conformément aux articles 14 §2 et 15 §1 du règlement n°139/2009 ; et par l'Autorité de la concurrence en vertu de l'article L430-8 IV du code de commerce.

[1193] Par la Commission conformément aux articles 6 §3 et 8 §6 du règlement n°139/2009 ; et par l'Autorité de la concurrence en vertu de l'article L430-8 IV 1° du code de commerce, voir à cet égard D. Bosco, « Un premier cas d'injonction sous astreinte en présence d'une inexécution d'engagements », commentaire de Aut. conc., déc. n° 17-D-04, 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, ccc août-septembre 2017, Chron. n°4 Droit des concentrations

révoqué[1194] la décision d'autorisation de la concentration prise le 30 août 2006[1195]. La concentration a dû de nouveau être notifiée le 24 octobre 2011 pour être finalement autorisée le 23 juillet 2012[1196]. Cette décision a été confirmée par le Conseil d'Etat[1197], rappelant à cet égard que l'Autorité de la concurrence peut rechercher si les parties n'ont pas adopté des comportements de nature à priver les engagements pris de toute portée[1198]. Il ajoute, de surcroît, que la décision de retrait doit être proportionnée aux manquements constatés[1199], particulièrement au regard de l'importance des engagements pris et de la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante[1200].

Il résulte de ce qui précède que la divulgation de l'information protégée, fondée sur la liberté contractuelle des parties à une opération de concentration, peut venir au secours de leur liberté d'entreprendre afin de mener à bien ladite concentration. Il arrive, en revanche, que la mise en œuvre d'une concentration soit soumise à l'obligation de ne pas divulguer des informations protégées. Le silence imposé prend alors le relais afin de maintenir une concurrence effective.

B/ La non divulgation de l'information protégée comme condition de la concentration

256. A l'engagement de parler peut succéder l'obligation de se taire. Lorsque les parties notifiant une opération de concentration détiennent des informations protégées dont la divulgation serait de nature à remettre en cause la concurrence sur le marché concerné, l'autorisation de la concentration peut être soumise à la mise en œuvre de mesures destinées à empêcher la transmission de ces données, qu'il s'agisse d'informations protégées en elles-mêmes ou d'informations protégées du fait de leur caractère multiple et global (ci-après dénommé *big data*).

[1194] Aut. conc. 20 septembre 2011, décision n° 11-D-12 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus
[1195] Décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus sous réserve de l'ensemble des engagements pris par ces sociétés le 24 août 2006
[1196] Aut. conc. 23 juillet 2012, décision 12-DCC-100 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.
[1197] CE 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société Vivendi Universal, n°353856, ECLI:FR:CEASS:2012:353856.20121221, Publié au recueil Lebon
[1198] *Ibid.,* pt 29, 33 à 36 et 48
[1199] *Ibid.*. pts 49 et 50
[1200] Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pts 304 et 305

257. Concentration et engagement de non-divulgation d'information protégée. La non-divulgation ou le silence gardé sur des informations protégées peut prendre la forme d'un engagement des parties notifiantes afin de remédier aux préoccupations de concurrence engendrées par la concentration[1201]. Cet engagement a alors pour objectif de minimiser les risques d'échanges d'informations anticoncurrentiels résultant de la concentration[1202]. Les difficultés de surveillance d'une mesure « négative », c'est à dire consistant à ne pas communiquer certaines informations, conduisent les parties à proposer des dispositions effectives afin de mettre en pratique l'exigence de secret. Cela se traduit par de multiples moyens, selon les informations concernées, le secteur d'activité en cause et les particularités des parties. A titre d'exemple, les parties peuvent employer un organigramme spécifique afin de limiter les cas dans lesquels un échange d'informations protégées entre les parties notifiantes serait possible. Ainsi, la constitution d'une entreprise commune entre Areva et Urenco[1203] pour la construction d'équipements de centrifugation, tandis que les deux sociétés restaient dans le même temps concurrentes sur le marché aval de l'enrichissement de l'uranium, a été assortie de mesures concrètes sur les modalités des échanges d'informations. Les administrateurs de l'entreprise commune ne devaient pas avoir de responsabilités commerciales dans les sociétés mères et ne recevoir d'informations commercialement sensibles que dans la mesure où elles étaient indispensables à l'exercice de leurs fonctions, sans pouvoir les communiquer aux sociétés mères. De la même manière, les cadres dirigeants de l'entreprise commune ne devaient pas transmettre de telles informations aux sociétés mères, sous peine de sanction. Un autre moyen de limiter, voire d'interdire les échanges d'informations, est le recours à des outils informatiques distincts, faisant pratiquement obstacle à la possibilité de transmettre des informations sensibles[1204].

[1201] Sur le mécanisme des engagements, voir *supra* n°247

[1202] Aut. conc., Etude thématique sur les échanges d'informations, in rapport annuel 2009

[1203] Décision de la Commission du 6 octobre 2004 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord EEE, aff. COMP/M.3099 — Areva/Urenco, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3099_20041006_600_en.pdf ; Pour un résumé de la décision en français, voir http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006D0170&from=FR , cité in Aut. conc., Etude thématique sur les échanges d'informations, précité

[1204] Voir Cons. conc. 2 février 2009, décision n°09-D-05 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du travail temporaire, cité in Aut. conc., Etude thématique sur les échanges d'informations, précité. Vedior a retiré de la vente un outil de gestion de main-d'oeuvre pour les clients ayant recours à différentes entreprises de travail temporaire, afin d'éviter tout risque de transmissions d'informations sensibles sur les concurrents lors des opérations de maintenance. Le nouvel outil choisi ne nécessite aucune intervention chez le client est de surcroît confié à une filiale spécifique

Il est une seconde hypothèse où l'absence de divulgation peut être une condition de la réalisation de la concentration. Il s'agit du cas où les parties détiennent chacune un ensemble d'informations relatives à des individus, qui mises en commun à l'issue de la concentration, risqueraient de remettre en cause le consentement des sujets de l'information. Autrement dit, il convient d'envisager avec prudence des concentrations mettant en jeu le *big data* où l'information n'est plus protégée en tant que telle mais comme un ensemble.

258. Concentration, non divulgation et *big data*. La protection des informations personnelles et, de manière plus large, les problématiques de confidentialité ne relèvent pas du champ du droit de la concurrence[1205], mais doivent être appréhendées par les règlementations sur les données personnelles[1206]. Ce constat rappelé par la Commission dénote une attention accrue concernant les problématiques relatives aux données personnelles[1207]. Le droit de la concurrence est en effet susceptible de s'emparer de cette question lorsque la gestion des données fait apparaître des enjeux concurrentiels[1208], en particulier lors d'opérations de concentration.

259. *Big data* et pouvoir de marché. La question se pose de savoir si la détention d'informations protégées qualifiées de *big data*, soit un volume important de données protégées, peut être facteur de pouvoir de marché pour l'opérateur détenteur. Cette appréciation dépend de l'évaluation par l'autorité de concurrence de « *l'ampleur de l'avantage économique que les données confèrent* »[1209]. Or, la mesure de cet avantage ne peut se résumer à un examen des données d'un simple point de vue quantitatif. D'autres paramètres doivent être pris en compte tels que la qualité, la variété, l'obsolescence, l'exploitation des informations[1210], ainsi que la rareté des données et l'influence du volume ou de la variété des données collectées sur la compétitivité des entreprises[1211]. En d'autres termes, il n'est pas possible de déduire l'existence d'un pouvoir de marché de la seule détention d'une somme considérable d'informations protégées. Le pouvoir de marché ne

[1205] Aut. conc. et Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016, voir également D. Bosco, « Droit des concentrations et réseaux sociaux », commentaire de Comm. UE, 6 déc. 2016, Case M.8124, C(2016) 8404 final, Microsoft/LinkedIn, ccc août-septembre 2017, Chron. n°4 Droit des concentrations
[1206] CJCE 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, aff. C-238/05, recueil 2006 I-11125, pt 63, voir également Commission européenne 3 octobre 2014, Facebook/Whatsapp, aff. COMP/M.7217, pt 164
[1207] Commission européenne 6 décembre 2016, Microsoft/LinkedIn, aff. M8124, notamment pts 177 et suivants
[1208] Aut. conc. et Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016
[1209] *Ibid.*.
[1210] C. Paulhac, « « Big data » et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/Linkedin », ccc n°7, juillet 2017, alerte 44
[1211] Aut. conc. et Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016, précité

résulte pas tant du volume des données que de l'utilisation qui en est faite[1212]. Il peut ainsi notamment prendre la forme de barrières à l'entrée[1213].

260. Concentration de données. La mise en œuvre d'une opération de concentration entre agents disposant de bases de données importantes engendre un questionnement sur la pérennité de ces informations en tant que telles et sur leur immersion dans une « super base de données » regroupant les informations des deux opérateurs à l'origine de l'opération. Ces réflexions interpellent sur les risques de centralisation des informations protégées au détriment de la concurrence[1214], en particulier si les concurrents ne sont pas à même d'obtenir les informations dont l'entité résultant de la concentration dispose[1215]. Cette interrogation a récemment été abordée au niveau européen lors de l'examen des concentrations LinkedIn-Microsoft et WhatsApp-Facebook.

Dans le premier cas, le risque de la concentration résidait dans la possibilité d'éviction du marché d'opérateurs plus respectueux des données personnelles de leurs utilisateurs[1216]. Cet aspect de l'opération, bien qu'étranger de prime abord au droit de la concurrence, était motivé par l'importance que portent de nombreux utilisateurs à la protection de leurs données[1217]. L'exigence de respect de la confidentialité a alors été considérée comme un paramètre de concurrence[1218]. Cela se comprend dans la mesure où il existe un risque de dégradation de la politique de confidentialité lors de la fusion de deux agents dont la différentiation résiderait justement dans la politique de protection des données[1219].

[1212] A. Lamadrid and S. Villiers, CPI Antitrust Chronicle, « Bid data, privacy and competition law : do competition authorities know how to di it », janvier 2017, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/01/cpi-lamadrid-villiers.pdf

[1213] A. Cilea et L. Manigrassi, « EU merger control and big data – Quid novi sub sole? », in On-Topic Big Data and competition law, Concurrences N° 4-2017, p.1

[1214] *Ibid.*.

[1215] Aut. conc. et Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016, précité , citant notamment l'opération de concentration EDF-Dalkia, où EDF s'était engagée à ne pas transmettre à Dalkia les informations commercialement sensibles sur la clientèle française, détenues du fait de sa position d'opérateur historique dominant sur le marché de l'électricité cf Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 12 décembre 2000 aux conseils des sociétés Vivendi Environnement et EDF relative à une concentration dans le secteur des services liés à la production d'électricité, BOCCRF 02 du 23 février 2001

[1216] C. Paulhac, « « Big data » et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/Linkedin », ccc n°7, juillet 2017, alerte 44

[1217] Commission européenne 6 décembre 2016, Microsoft/LinkedIn, aff. M.8124, précité, pt350

[1218] D. Bosco, « Droit des concentrations et réseaux sociaux », commentaire de Comm. UE, 6 déc. 2016, aff. M.8124, C(2016) 8404 final, Microsoft/LinkedIn, ccc août-septembre 2017, Chron. n°4 Droit des concentrations, voir également le communiqué de presse de la Commission relative à la concentration Microsoft/LinkedIn : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4284_fr.htm

[1219] Aut. conc. et Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016, précité

Dans le cas WhatsApp-Facebook, bien que la Commission ait demandé confirmation que les données entre les deux entreprises ne seraient pas « fusionnées »[1220], elle procède à un examen de la portée de la concentration de ces données sur le marché de la publicité en ligne. Si un tel examen, secteur par secteur, est indispensable à une application cohérente du droit de la concurrence, il ne nous semble pas permettre de prendre la pleine mesure de la concentration des données dont l'influence rayonne dans de multiples domaines. Autrement dit, la fusion des données, qui ne devait pas intervenir, a bien eu lieu, sans que sa portée réelle ait été pleinement appréciée.

La protection des données ne relevant pas du champ d'application naturel des autorités de concurrence, il est possible de s'interroger sur la nature des critères utilisés dans l'appréciation de la confidentialité comme paramètre de concurrence. Outre le risque d'un certain arbitraire[1221] dans l'évaluation de la divulgation des informations protégées, qui va de pair avec un questionnement sur la capacité des autorités de concurrence à prendre la pleine mesure des problématiques de « privacy » [1222], il ne faudrait pas que cela aboutisse à faire du droit de la concurrence un droit « fourre-tout »[1223].

261. La prise en compte des informations protégées dans les opérations de concentration apparaît comme une réflexion fondamentale de la matière[1224]. La consultation menée par la Commission entre le 7 octobre 2016 et le 13 janvier 2017[1225] aborde à cet égard la question de l'introduction de nouveaux paramètres[1226] prenant notamment en compte les données détenues par les entreprises, préalables à la notification d'une opération. La divulgation de l'information protégée apparaît ainsi comme un facteur prospectif de sauvegarde de la concurrence. Elle est également susceptible de constituer une sanction prononcée en réparation d'une atteinte, réelle ou potentielle, aux libertés économiques.

[1220] Confirmation qui s'est avérée erronée par la suite

[1221] C. Paulhac, « « Big data » et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/Linkedin », ccc n°7, juillet 2017, alerte 44

[1222] A. Lamadrid and S. Villiers, CPI Antitrust Chronicle, « Bid data, privacy and competition law : do competition authorities know how to di it », précité

[1223] *Ibid.*.

[1224] Même si la Commission retient l'influence des règlementations de protection des données dans son appréciation cf A. Cilea et L. Manigrassi, « EU merger control and big data – Quid novi sub sole? », précité

[1225] Communiqué de presse de la Commission du 7 octobre 2016, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_fr.htm , voir également la consultation mentionnée à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html

[1226] Distincts des seuls parts de marché, seul critère requis en l'état de la réglementation actuelle

Section II – La divulgation imposée en réparation d'une atteinte réelle aux libertés économiques

262. La communication d'informations protégées apparaît comme un remède à certains comportements anticoncurrentiels. Outre une divulgation prophylactique dans le cadre des opérations de concentration afin de prévenir la réalisation d'une atteinte à la concurrence[1227], elle peut être enjointe en tant qu'indication thérapeutique à des comportements anticoncurrentiels. Deux hypothèses se distinguent selon que la divulgation est acceptée à titre curatif (**§1**) ou imposée à l'issue d'une enquête de concurrence à titre punitif (**§2**).

§1. La divulgation curative de l'information protégée

263. Face à certaines pratiques d'opérateurs économiques, les autorités de concurrence procèdent à des enquêtes afin de déterminer si les comportements qui leur sont soumis portent effectivement atteinte à la concurrence. Selon les résultats, elles peuvent émettre des préoccupations de concurrence. A ce stade de la procédure, un choix s'ouvre à l'entreprise dont les agissements sont examinés : soit elle choisit d'attendre l'issue d'une procédure contentieuse établissant la réalité de pratiques anticoncurrentielles[1228], soit elle peut proposer des engagements volontaires de nature à mettre fin à ces préoccupations de concurrence[1229].
La divulgation curative de l'information protégée se traduit par l'engagement volontaire d'un agent économique de diffuser des données en réponse aux préoccupations de concurrence développées par l'autorité. L'acceptation par l'entreprise de transmettre certaines données protégées a alors pour objectif d'éviter la réalisation d'une atteinte à la concurrence sur un terrain qui s'y avère propice. Une espèce récente a particulièrement mis en exergue la mise en œuvre et les limites de la prise d'engagements consistant dans la divulgation d'informations protégées.

264. Le cas Nespresso. Le Groupe Nestlé a développé des machines à café de la marque Nespresso, fonctionnant avec des capsules de café moulu permettant de réaliser un expresso à

[1227] Voir *supra* Section I Chapitre 2 Titre II Partie 1
[1228] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, précité, articles 5 et 7 ; en droit français de la concurrence, articles L. 464-2 du code de commerce
[1229] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, précité, articles 5 et 9 ; en droit français de la concurrence, articles L. 464-2 et R. 464-2 du code de commerce ; sur l'appréciation du principe de proportionnalité dans ce cas, voir CJUE 29 juin 2010 Commission c/ Alrosa, aff 441/07, recueil 2010 I-05949, pts 39 et suivants

domicile pour un résultat proche de celui obtenu avec du matériel professionnel. Du fait de l'avantage de l'innovateur, le Groupe Nestlé fut longtemps seul sur le marché des consommables pour ses machines[1230]. Toutefois, face à l'introduction depuis l'année 2010 de nouveaux concurrents offrant des capsules compatibles avec leurs machines, les sociétés Nespresso ont procédé à diverses modifications techniques sur les machines et les dosettes[1231]. Les nouveaux entrants[1232] ont saisi l'Autorité de la concurrence en 2010 en faisant valoir que ces changements avaient pour conséquences de réduire la compatibilité de leurs capsules, de leur imposer des coûts additionnels de mise en conformité et de leur porter préjudice du fait d'une communication des sociétés Nespresso mettant l'accent sur la remise en cause de la garantie en cas d'utilisation et de dysfonctionnements dus à des consommables d'autres marques dont la compatibilité avec leur machines serait douteuse.[1233]

265. La mise en œuvre d'une procédure d'engagement. A l'issue de l'évaluation préliminaire de l'Autorité faisant valoir des préoccupations de concurrence[1234], les sociétés du Groupe Nestlé ont choisi le 16 avril 2014 de proposer des engagements volontaires afin de répondre aux questions soulevées et ainsi la mise en œuvre d'une procédure contentieuse. Après un test de marché, ces engagements ont été modifiés, puis acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 4 septembre 2014 n°14-D-09[1235]. Le choix de la procédure d'engagement a été critiquée, à la fois, par l'une des parties à l'origine de la procédure et par certains auteurs[1236].

[1230] Lesdites capsules de café

[1231] Exerçant en parallèle un certain nombre de recours sur le fondement d'atteintes à ses droits de propriété intellectuelle cf F. Besse « Interaction entre le droit des brevets et le droit de la concurrence », p.245 in « Propriété intellectuelle et concurrence - Pour une (ré)conciliation », colloque IRPI-AFEC 8 novembre 2011, éd. LexisNexis, coll. Irpi n°40 – juillet 2012

[1232] DEMB (Groupe Sara Lee) et Ethical Coffee Company

[1233] F. Marty, « Engagements : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements proposés par l'opérateur dominant des machines à café expresso à dosette pour répondre à ses préoccupations quant à une possible éviction de ses concurrents sur le marché aval des dosettes (Nestlé, Nespresso) », Concurrences N° 4-2014, Chronique - Pratiques unilatérales, p.130, n°69886

[1234] Evaluation préliminaire des préoccupations de concurrence en date du 25 mars 2014 transmise aux parties et au commissaire du Gouvernement le 27 mars 2014

[1235] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence à l'adresse : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14d09.pdf

[1236] Voir à cet égard D. Bosco, « What else ? Le droit ! », ccc n°11, novembre 2014, comm. n°253 – Procédure d'engagements p.25, ainsi que C. Prieto, « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », Revue des contrats - 31/03/2015 - n° 01 - page 110

La société Ethical Coffee Company (ECC) a contesté le recours à la procédure d'engagements en considérant que les pratiques examinées avaient causé un grave dommage à l'économie qui justifierait le prononcé d'une sanction[1237]. L'Autorité de la concurrence a fait valoir en réponse à cette demande qu'elle était habilitée à accepter des engagements proposés par l'entreprise à l'origine des comportements contestés, à condition que lesdits engagements soient de nature à « *mettre un terme à ses préoccupations de concurrence* »[1238]. A l'appui de cet argument, elle cite un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 décembre 2013[1239] relevant que « *la procédure d'engagements constitue l'un des outils qui permet à une autorité de concurrence d'exécuter sa mission consistant à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, cette mission de défense de l'ordre public économique habilitant ladite autorité à rendre des décisions d'engagements, non pour satisfaire la demande d'une partie plaignante mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence* »[1240]. Autrement dit, la procédure d'engagement peut être mise en œuvre dès lors qu'elle permet une résolution « consensuelle » du litige de nature à mettre un terme à des comportements litigieux au bénéfice de la concurrence, et non des concurrents.

266. La procédure d'engagements s'inscrit dans une perspective de régulation[1241] qui a vocation à reproduire par le biais d'engagements contractuels une situation concurrentielle[1242]. Par ce biais, les autorités de concurrence modèlent les structures de marchés[1243]. Il est en conséquence impossible de mettre en œuvre ce mécanisme dans l'hypothèse où l'autorité de concurrence estime nécessaire le prononcé d'une sanction pécuniaire[1244]. Cette procédure

[1237] *Ibid.*. pt 161
[1238] *Ibid.*. pt 162, citant notamment l'article L464-2 du code de commerce
[1239] CA Paris Pôle 5, chambre 7 19 Décembre 2013, sté Cogent Communications France SAS, sté Cogent Communication Inc, sté France Telecom SA, RG n°2012/19484, pourvoi rejeté par Cass Com 12 mai 2015, n°14-10792, Bull Civ IV n°76
[1240] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09, sociétés Nestlé et a., précité, pt 163
[1241] M. Chagny, « Feu vert à l'action en nullité après une décision d'engagements », Revue de jurisprudence commerciale n°2 Mars / Avril 2018, Chronique Droit de la concurrence, p.14 ; voir également CA Paris Pôle 5 - Chambre 5-7, 6 octobre 2009, RG n° 2008/21057, sté Canal 9 c/ GIE les indépendants et CA Paris Pôle 5 - Chambre 5-7, 1er juin 2010, RG n° 2008/21057, sté Canal 9 c/ GIE les indépendants : « *Considérant, sur l'identification de ces intérêts, que la procédure d'engagements ne vise point à emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes pourraient excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence, mais uniquement à apporter une réponse satisfaisante de l'autorité à ces dernières; qu'il s'agit donc d'un outil de régulation, et non d'une procédure de sanction* »
[1242] A. Perrot, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in « les engagements dans les systèmes de régulation », dir. M.-A. Frison-Roche, éd. Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. Droit et économie de la régulation, 2006
[1243] *Ibid.*.
[1244] Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE (2011/C 308/06), pt 116 et Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 11

« alternative à la sanction »[1245] comporte de nombreux avantages : elle permet à l'autorité « d'*accélérer la résolution des affaires ne portant pas sur des pratiques dont la nature ou les effets sont tels qu'ils appellent a priori le prononcé d'une sanction, de privilégier le maintien ou le rétablissement volontaire de la concurrence sur le marché dans les cas qui s'y prêtent, et de libérer, par conséquent, davantage de moyens pour l'examen des infractions les plus graves* »[1246] et de permettre un allègement probatoire indéniable[1247]. L'opérateur bénéficie également de l'accélération de la procédure ainsi que de la possibilité de pouvoir contribuer « *volontairement à la recherche des solutions appropriées aux préoccupations de concurrence identifiée* »[1248]. Le mécanisme évitant que l'autorité de concurrence ne qualifie expressément les faits[1249], il écarte le risque de récidive pour l'avenir[1250] et limite la portée médiatique[1251] de la décision. Il en résulte *a priori* une meilleure exécution des mesures « réparatrices », en particulier du fait de leur caractère volontaire[1252]. En effet, c'est l'opérateur économique dont les pratiques litigieuses sont analysées qui soumet à l'autorité un ensemble de propositions qui doivent être, suffisants, crédibles et vérifiables ensuite testées sur le marché[1253] afin de résoudre les préoccupations de concurrence identifiées. L'autonomie de la volonté vient alors au service de la concurrence en préservant la liberté d'entreprendre de la société. Celle-ci paraît la plus à même de prévoir les mesures adaptées pour résoudre les problèmes de concurrence tout en sauvegardant au mieux sa liberté d'action. Il convient toutefois de nuancer cette affirmation par le fait que l'autorité de concurrence peut admettre des engagements « disproportionnés »[1254] qui aillent au-delà de ce qui seraient nécessaires, du moment qu'ils apparaissent crédibles au regard de la pratique en cause, du contexte économique et des mesures prévues pour en assurer la mise en œuvre[1255].

[1245] [1245] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », Concurrences N° 4-2015, p.13

[1246] Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 6

[1247] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », précité, pt 8 : « *l'autorité n'a plus à rapporter la preuve de l'infraction ; elle se contente d'émettre des "préoccupations de concurrence"* ».

[1248] *Ibid.*. pt 7 ; voir également Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE (2011/C 308/06), précitée, pt 117

[1249] *Ibid.*.

[1250] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », précité, pt 17

[1251] V. Sélinsky, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », Les Dossiers de la RIDE n°4, 2011 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p. 59

[1252] F. Marty et M. Mezaguer« Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne ? », Revue internationale de droit économique 2016/1 (t. XXX), p. 55 mettant l'accent sur le caractère déséquilibré des relations entre opérateur et autorité de la concurrence

[1253] *Ibid.*. pt 11

[1254] CJUE 29 juin 2010, Commission européenne c/ Alrosa Company Ltd., aff C-441/07 P., recueil 2010 I-05949, précité, pt 48 : les parties « *acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer* »

[1255] L. Arcelin-Lécuyer, « Droit de la concurrence », éd. Presses Universitaires de rennes PUR, coll. Didact Droit, 2ème édition p.239

A cet égard, les engagements pris par Nespresso interrogent sur l'objectif recherché, tant ils apparaissent favorables aux concurrents, au risque de pénaliser la concurrence[1256].

267. Certains auteurs[1257] mettent de surcroît l'accent sur les limites inhérentes au mécanisme. En premier lieu, la discussion engagée sur des propositions d'engagements engendre un rapprochement entre autorité de concurrence et opérateur. Selon la dimension de chacun, il est à craindre que l'autorité ne puisse être influencée, voire « manipulée »[1258] par des entreprises influentes, ou à l'inverse, qu'un agent, insuffisamment informé de ses droits, ne soit pas en mesure de résister à la pression de l'autorité[1259]. En deuxième lieu, l'acceptation des engagements résultant d'une économie de procédure[1260], l'autorité de concurrence choisit de ne pas expliciter la nécessité de corriger les comportements en cause. Fait ainsi défaut l'origine de ses préoccupations[1261]. Le manque de motivation est également pointé du doigt par le Professeur Bosco[1262] qui rappelle le besoin d'établir un « *corpus prévisible et défini de règles de comportement sur le marché* », essentiel d'un point de vue juridique et pédagogique[1263]. En troisième lieu, les engagements peuvent obliger à une modification de la stratégie, éventuellement européenne, de l'entreprise alors même que l'infraction n'est pas caractérisée et qu'en tout état de cause elle ne pourrait ne viser qu'un Etat membre[1264].

268. Enfin, la procédure d'engagements ne signifie pas pour l'opérateur que toutes les questions relatives à son comportement litigieux sont résolues. A l'inverse, la Cour de justice a estimé qu'un contrat pour lequel une des parties avait proposé des engagements acceptés par

---

[1256] Voir *infra* n°271

[1257] Voir à cet égard [1257] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », précité ; V. Sélinsky, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », précité ; Patricia Kipiani, « Les engagements : vers un droit « négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles », ccc n° 12, Décembre 2010, étude 13 ; D. Bosco, « What else ? Le droit ! », ccc n°11, novembre 2014, comm. n°253 – Procédure d'engagements p.25 ; C. Prieto, « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », Revue des contrats - 31/03/2015 - n° 01 - page 110

[1258] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », pt 25

[1259] *Ibid.*. ; voir également F. Marty et M. Mezaguer« Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne ? », précité

[1260] C. Prieto, « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », Revue des contrats - 31/03/2015 - n° 01 - page 110, précité

[1261] *Ibid.*.

[1262] D. Bosco, « What else ? Le droit ! », ccc n°11, novembre 2014, comm. n°253 p.25, précité ; voir également F. Venayre, « Pratiques des éleveurs martiniquais : une instruction rapide facilitée par la procédure d'engagement ? », rlc n°71 avril 2018, Dossier Outre-mer et concurrence n°3373 p. 28

[1263] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », précité, pt 30

[1264] . Sélinsky, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », précité, p.75

la Commission, pouvait être annulé par les juridictions internes sur le fondement d'une atteinte à la concurrence[1265]. Poussant un paradoxe qui n'est en réalité qu'apparent, la Cour retient que la procédure d'engagement, loin d'exonérer son bénéficiaire constitue un indice du caractère anticoncurrentiel de la pratique examinée. L'avocat général Kokott[1266], dont l'analyse est reprise par la Cour de justice[1267], retient en effet que « *la décision sur les engagements contient une évaluation préliminaire de la Commission au regard du droit de la concurrence sur un accord entre entreprises au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, qui ne saurait être ignorée par les juridictions nationales* » mais devrait au contraire être considéré comme « *un indice important, voire comme un commencement de preuve du caractère anticoncurrentiel de l'accord en cause* ». En d'autres termes, lors de l'acceptation d'engagements par une autorité de concurrence, celle-ci ne qualifie pas les faits contestés[1268] et sa décision n'équivaut en aucun cas à une constatation de non infraction. En conséquence, un examen approfondi[1269] du comportement litigieux par les juridictions internes peut aboutir à la qualification anticoncurrentielle des agissements sans qu'il y ait contradiction entre la décision de la Commission et celles des juridictions internes[1270]. Dans ce cadre, les éléments de la procédure d'engagements doivent être pris en considération. Cette approche a été suivie par « anticipation »[1271] par les juridictions françaises dans deux décisions récentes[1272]. Un auteur[1273] a pu s'interroger sur le sort d'une action qui concernerait la pratique litigieuse postérieurement à la mise en œuvre des engagements, censés résoudre les préoccupations de concurrence identifiées. La Cour de justice écarte toutefois cette hypothèse, en considérant que « *la décision sur les engagements ne saurait « légaliser » le comportement de l'entreprise concernée sur le marché, et encore moins rétroactivement* »[1274]. Il en résulte que ce

[1265] CJUE 23 novembre 2017, aff. C-547/16, Gasorba SL e.a. c/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA
[1266] J. Kokott, conclusion du 22 septembre 2017 dans l'affaire C-547/16, Gasorba , pt 35
[1267] CJUE 23 novembre 2017, aff. C-547/16, Gasorba, précité, pt 29
[1268] M. Chagny, « Feu vert à l'action en nullité après une décision d'engagements », précité
[1269] D. Bosco, «Le juge national peut annuler le contrat qui a fait l'objet d'une décision d'engagements de la Commission », ccc n° janvier 2018 – Concurrence –protection du marché, comm. n°16
[1270] L. Idot, «Portée d'une décision d'acceptation d'engagements », Europe, n°1 janvier 2018, Politiques et actions de l'union Européenne, comm. n°18
[1271] E. Claudel, «Procédures de transaction, de clémence et d'engagement : de nouvelles précisions », Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2018, chronique 4 Cour de justice et tribunal de l'Union européenne
[1272] T. com. Paris, 15e ch. 30 mars 2015, RG n° 2012000109, DKT c/ Eco emballages et Valorplast cité par E. Claudel, « «Procédures de transaction, de clémence et d'engagement : de nouvelles précisions », précité, exposant que « *les juges parisiens ont puisé dans la décision d'engagements (décision Aut. Concurrence. n° 10-D-29, 27 sept. 2010) des éléments permettant de prouver que les agissements dénoncés constituent des pratiques anticoncurrentielles et cela leur a permis d'allouer une réparation non négligeable aux demandeurs* », et TGI Paris, 5e ch., 2e sect., 22 février 2018, n° 15/12909. V. commentaire M. Chagny in L'actu concurrence n° 32/2018
[1273] D. Bosco, «Le juge national peut annuler le contrat qui a fait l'objet d'une décision d'engagements de la Commission », précité
[1274] CJUE 23 novembre 2017, aff. C-547/16, Gasorba, précité, pt 28

raisonnement est de nature à préserver les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles[1275], mais il constitue un frein notable au recours à la procédure d'engagements qui ne comporte aucune assurance pour leur bénéficiaire d'échapper à des procédures ultérieures.

Outre les reproches qui tiennent à la procédure d'engagements en tant que telle, son recours dans l'affaire Nespresso, peut être discuté dans la mesure elle relève à notre sens d'une zone grise[1276] où plusieurs éléments de la faute concurrentielle n'avaient rien d'évident et aurait mérité une analyse approfondie.

269. La position dominante en question. Lorsqu'un opérateur développe une innovation, il bénéficie d'une position favorable sur le marché du fait du privilège de l'inventeur qui peut se traduire par l'adage « premier arrivé, premier servi ». Il est toutefois fréquent, voire systématique, que de nouveaux entrants cherchent à percer ce marché non mature en bousculant les positions des différents agents établis. Dans l'hypothèse d'un marché émergent, il est parfois difficile de déterminer avec certitude si une entreprise est en position dominante du fait de la rapidité d'évolution du marché. Un auteur[1277] fait valoir à cet égard la décision 04-D-54 du Conseil de la concurrence[1278] jugeant délicate la caractérisation de positions dominantes sur le marché naissant du téléchargement de la musique en ligne. Ce point de vue n'a néanmoins pas été suivi par la Cour de justice qui refuse de prendre en compte le caractère émergent d'un marché pour y adapter l'application des règles de concurrence. La Cour de justice fait valoir que « *l'application des règles de concurrence ne peut dépendre de la circonstance que le marché en cause ait déjà atteint un certain degré de maturation* ».[1279] En l'espèce, lorsque les sociétés Sara Lee et Ethical Coffe Company ont saisi l'Autorité de la concurrence respectivement le 10 décembre 2010 et le 11 mai 2011, elles venaient de mettre sur le marché des dosettes de café moulu compatibles avec les machines

[1275] D. Bosco, «Le juge national peut annuler le contrat qui a fait l'objet d'une décision d'engagements de la Commission », précité ; voir également M. Chagny, « Feu vert à l'action en nullité après une décision d'engagements », précité

[1276] E. Claudel, « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », précité, pt 41

[1277] M. Glais, « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de « dominantes » dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com. 2015 p.649

[1278] Cons. conc. 9 novembre 2004, décision n°04-D-54 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc, dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, pts 50 et 64

[1279] CJUE 17 février 2011, n° C-52/09, Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sveige AB, recueil ECLI:EU:C:2011:83, pt 108

Nespresso. Compte tenu de l'arrivée de ces concurrents, il aurait été possible de s'interroger sur la maturité du marché concerné, et ce d'autant plus que l'Autorité de la concurrence évoque expressément un marché des capsules compatibles[1280] avec les machines Nespresso[1281]. Ce n'est toutefois pas une question évoquée par l'Autorité de la concurrence qui retient la position dominante de Nespresso sur le marché[1282]. Cette position dominante qui n'apparaît guère discutable[1283] résulte d'un mérite « *tout aussi indiscutable* »[1284]. Il convient en conséquence de s'interroger sur le point de savoir si le comportement des sociétés Nestlé devait être sanctionné.

270. L'abus de position dominante. Les comportements reprochés à la société Nespresso consistaient, d'une part, en des modifications techniques répétées de ses produits obligeant ses concurrents à adapter leurs capsules de manière à conserver leur caractère compatible, et d'autre part, en une communication mettant l'accent sur les risques d'incompatibilité de dosettes tierces et d'une mise en œuvre réduite de la garantie de la machine en cas de dommage causé par l'usage de ces consommables. L'Autorité de la concurrence a analysé ces deux points lors de l'évaluation préliminaire.

Il est normal que la société à l'origine d'une innovation connaissant un certain succès puisse bénéficier d'un retour sur investissement. Il est également acquis qu'un consommateur ne doit pas rester captif de l'inventeur d'un nouveau produit de consommation[1285]. Au regard de ces constatations préalables, émerge la question de la justification de la perte par l'innovateur du bénéfice de ses mérites à travers la divulgation imposée des informations protégées à ses

[1280] Alors même que les circuits de distribution ainsi que le prix des capsules compatibles diffèrent de celles proposées par les sociétés du Groupe Nestlé cf M. Glais, « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de « dominantes » dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com. 2015 p.649

[1281] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09, sociétés Nestlé et a., précité, pts 102 et 103 : « *Comme les capsules compatibles avec une machine expresso à café portionné ne sont pas compatibles avec d'autres machines à café, le consommateur possédant une machine d'un type donné n'a pas d'autre choix que d'acheter des capsules compatibles avec cette machine. Il est donc susceptible d'exister autant de marchés de capsules que de types de machines expresso à café portionné et, notamment, au cas d'espèce, un marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso.* »

[1282] *Ibid.*. pt 107

[1283] *Ibid.*. pt 110 : « *Malgré la progression des concurrents, la part de marché de Nespresso s'élevait encore à 85 % en 2012. Au vu de ce qui précède, Nespresso est donc susceptible de détenir une position dominante sur le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso.* » ; voir également C. Prieto, « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », Revue des contrats - 31/03/2015 - n° 01 - page 110, précité

[1284] C. Prieto, « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », précité

[1285] *Ibid.*.

concurrents. En d'autres termes, existe-t-il une atteinte à la concurrence de nature à motiver une telle atteinte à la liberté d'entreprendre de l'innovateur ?

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence s'est concentrée sur l'hypothèse selon laquelle les sociétés du Groupe Nestlé imposeraient la vente de leurs propres dosettes pour le fonctionnement de leurs machines. Le comportement contesté a donc été examiné à travers le prisme des ventes liées[1286]. Celles-ci sont caractérisées lorsque la vente du produit liant est subordonnée pour des raisons techniques ou contractuelles à l'achat du produit lié. Une telle vente est constitutive d'abus de position dominante si trois conditions sont réunies : l'entreprise occupe une position dominante sur le marché liant, les produits liants et liés sont distincts et la vente liée aboutit à une éviction anticoncurrentielle[1287].

Nespresso semble détenir une position dominante sur le marché des machines à café portionné, produit liant qui se distingue des capsules, produits liés, relevant d'un marché distinct. Or, les modifications techniques apportées par Nespresso à compter de l'année 2007 ne seraient pas justifiées de manière objectives, tant eu égard à des dysfonctionnements dont l'existence n'est pas incontestablement démontrée, qu'à des gains d'efficience dont la réalité ne serait pas davantage prouvée. Les modifications répétées seraient alors, selon l'Autorité de la concurrence, constitutives d'un moyen technique de mise en œuvre d'une vente liée, qualifiable d'abus de position dominante. De surcroît, les discours commerciaux de Nespresso visant à dissuader les consommateurs d'utiliser d'autres sources d'approvisionnements en mettant en exergue les risques d'incompatibilité de dosettes d'autre origine que celles de sa propre marque, sont de nature à constituer des modalités supplémentaires d'une vente liée qualifiable d'abus de position dominante[1288]. L'Autorité de la concurrence estime que Nespresso a tenté de procéder à un verrouillage du marché aval des dosettes par des changements techniques et une communication défavorable aux concurrents[1289].

[1286] Selon les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, les ventes liées pratiquées par une entreprise en position dominante peuvent constituer des abus anticoncurrentiels

[1287] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09, sociétés Nestlé et a., précité, pts 112 et suivants, citant les Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE [article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02), pts 48 et 50, reprenant la jurisprudence CJCE 2 mars 1994, aff. C-53/92 P., Hilti AG c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1994 I-00667 et CJCE 14 novembre 1996, aff. C-333/94 P., Tetra Pak International SA c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1996 I-05951

[1288] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09, sociétés Nestlé et a., précité, pts 127 et 128

[1289] F. Marty, « Engagements : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements proposés par l'opérateur dominant des machines à café expresso à dosette pour répondre à ses préoccupations quant à une possible éviction de ses concurrents sur le marché aval des dosettes (Nestlé, Nespresso) », Concurrences N° 4-2014, précité

La qualification de vente liée a été remise en cause par un auteur qui voit davantage dans le comportement de Nespresso « *un cas de refus de contracter mis en œuvre par une entreprise qui maîtrise une infrastructure essentielle* »[1290], qualification perceptible notamment à travers la nature des engagements. Deux obstacles s'élèvent selon nous contre cette qualification : en premier lieu, il ne nous paraît pas que les machines à café Nespresso puissent être qualifiées d'*infra*structure essentielle. Il était tout à fait possible pour les concurrents des sociétés du Groupe Nestlé de développer une offre concurrente de machines à café fonctionnant sur un principe similaire[1291] à un coût raisonnable. En second lieu, il n'y a pas de refus opposé aux concurrents : ceux-ci avaient développé leurs propres capsules sans requérir au préalable de licence auprès de Nespresso. Cette réflexion conduit toutefois à s'interroger sur le bien-fondé de l'analyse suivie par l'Autorité de la concurrence.

Tant les modifications techniques que la communication de Nespresso aboutissent à favoriser, et non à imposer, la vente de ses produits. L'éviction des concurrents ne nous paraît également pas systématique, la vente de produits concurrents qui consistent en des dosettes similaires étant tout au plus ralentie. Il est entendu que les entreprises en position dominante ont une responsabilité particulière sur le maintien de la concurrence du fait de leur position sur le marché[1292]. Pour autant, il ne nous paraît pas souhaitable de limiter leur incitation à innover[1293], y compris par le biais de modifications de biens existants. L'absence de justifications objectives aux évolutions techniques des capsules est en effet expressément soulignée. Pourtant, des améliorations apportées aux produits, qui n'aient pas pour objectif de résoudre un dysfonctionnement mais seulement d'augmenter un confort d'utilisation, ou même une esthétique plus dans l'air du temps, nous paraissent des raisons suffisantes. La volonté de garder une avance et continuer à se démarquer de ses concurrents ne nous semble pas davantage devoir être reproché à la société Nespresso[1294]. C'est, après tout, le jeu normal de la concurrence.

[1290] D. Bosco, « What else ? Le droit ! », ccc n°11, novembre 2014, comm. n°253 – p.25, précité

[1291] Les sociétés Bosch, Philips, Lavazza, Malongo ont d'ailleurs développé des machines à café portionné

[1292] C. Prieto, « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », Revue des contrats - 31/03/2015 - n° 01 - page 110, précité, citant CJCE 9 novembre 1983, aff. C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1983-03461 ; voir également CJUE 6 décembre 2012, aff. C‑457/10 P, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc, c/ Commission européenne, points 75, 133 et 134, ECLI:EU:C:2012:770

[1293] D. Bosco, « What else ? Le droit ! », ccc n°11, novembre 2014, comm. n°253 – p.25, précité

[1294] M. Glais, « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de « dominantes » dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com. 2015 p.649

271. Des engagements plus favorables aux concurrents qu'à la concurrence. Les engagements pris par les sociétés du Groupe Nestlé sont très importants. Tout d'abord, à l'issue des échanges avec l'Autorité et du test de marché, les mesures concernent l'ensemble des sociétés du Groupe Nestlé, « *actuelles ou futures, intervenant dans la conception, la fabrication, la commercialisation ou le service après-vente des machines Nespresso en France* » [1295]. Ensuite, les engagements aboutissent à transmettre les informations techniques relatives aux nouvelles machines dix-huit semaines avant leur commercialisation, et à mettre à disposition des concurrents quinze prototypes afin qu'ils puissent vérifier la compatibilité des consommables qu'ils proposent. Enfin, les sociétés du Groupe Nestlé doivent s'abstenir de tout commentaire sur la concordance de capsules tierces avec leurs machines.

Outre ces aspects technico-commerciaux, la mesure qui nous semble la plus contraignante consiste dans la divulgation de la motivation des évolutions techniques. La société Nespresso s'est ainsi engagée « *à être plus transparente sur l'origine des modifications techniques apportées aux machines et sur les nouvelles spécifications techniques, notamment en communiquant à l'Autorité, très en amont du processus de décision de fabrication, un dossier exposant les raisons qui motivent des changements techniques* »[1296]. Cela sous-tend la possibilité pour l'Autorité de contester la raison d'être de modifications techniques des produits d'un opérateur économique. Cela nous paraît une atteinte grave à la liberté d'entreprendre. Si la portée de cette limitation doit être appréciée au regard du consentement exprès des sociétés qui la subissent, cela conduit néanmoins à s'interroger sur l'opportunité d'une acceptation d'engagements, potentiellement plus asservissants qu'une décision de l'Autorité à l'issue d'une procédure contentieuse.

L'Autorité décrit pourtant les mesures prises comme proportionnées, pertinentes et équilibrées car elles « *permettent de ne pas freiner l'innovation de Nespresso tout en permettant de prévenir l'affaiblissement de la concurrence sur le marché* ».[1297] Cette affirmation nous laisse dubitative dans la mesure où l'exigence de communication d'un dossier très en amont de la fabrication de machines ou de capsules modifiées nuit *de facto* aux capacités et à la vitesse d'innovation de Nespresso. De la même manière, la volonté de prévenir une éventuelle diminution de concurrence sur le marché conduit en réalité à favoriser des concurrents qui s'inscrivent dans le sillage de la société Nespresso, en proposant des produits compatibles, dont le principe copie les dosettes innovantes de Nespresso.

[1295] X. Delpech, « Nespresso compatible avec le … droit de la concurrence », commentaire de Aut. conc., 4 sept. 2014, n° 14-D-09, Dalloz actualité 09 septembre 2014

[1296] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09, sociétés Nestlé et a., précité, pt 210

[1297] Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09, sociétés Nestlé et a., précité, pt 212

272. La divulgation obligatoire consentie des informations protégées de Nespresso vient-elle alors au soutien des libertés économiques ? Il est loisible de s'interroger tant la procédure d'engagements fait la part belle à la liberté contractuelle, mais aboutit, en l'espèce, à considérablement réduire la liberté d'entreprendre de l'opérateur en position dominante. La libre concurrence n'apparaît pas, de surcroît, comme la bénéficiaire *in fine* d'une telle procédure. Malgré l'affirmation de l'Autorité et sa volonté de parvenir à un « *équilibre entre efficacité statique (levée des entraves pour les nouveaux entrants) et efficacité dynamique (préservation des capacités à innover de l'opérateur intégré verticalement)* »[1298], l'issue de la procédure d'engagements semble très nettement favorable aux concurrents suiveurs de la société Nespresso dont le seul mérite est de proposer des consommables similaires, à peine moins chers, via des canaux de distribution élargis[1299]. Grâce aux engagements pris, ceux-ci bénéficient de la divulgation des informations protégées de l'opérateur dominant relatives à ses recherches et innovation, avant même le lancement du produit[1300]. Il nous semble douteux[1301] que la faveur accordé aux suiveurs au détriment de l'innovateur, puisse véritablement constituer un mode efficace de soutien au bénéfice de la concurrence.

Le cas Nespresso pose la délicate question du maintien de la concurrence lorsqu'elle est soumise à la communication d'informations protégées. Lorsque la divulgation de ses données par l'entreprise en position dominante n'est pas consentie pour éviter une paralysie de la concurrence, elle apparaît comme une sanction susceptible d'être prononcée par les autorités de concurrence en réparation d'un comportement anticoncurrentiel.

§2. La divulgation punitive de l'information protégée

273. La divulgation de l'information protégée peut être imposée à titre de sanction, destinée à punir un acteur en position dominante qui abuse de sa position en refusant la communication de données indispensables à la mise en œuvre d'une concurrence réelle sur le marché,

[1298] F. Marty, « Engagements : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements proposés par l'opérateur dominant des machines à café expresso à dosette pour répondre à ses préoccupations quant à une possible éviction de ses concurrents sur le marché aval des dosettes (Nestlé, Nespresso) », Concurrences N° 4-2014, précité

[1299] Contrairement aux capsules Nespresso qui ne peuvent s'acquérir que sur internet ou dans des magasins spécialisés

[1300] X. Delpech, « Nespresso compatible avec le … droit de la concurrence », commentaire de Aut. conc., 4 sept. 2014, n° 14-D-09, Dalloz actualité 09 septembre 2014

[1301] M. Glais, « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de « dominantes » dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com. 2015 p.649

aboutissant à une éviction de ses concurrents. La divulgation apparaît comme un remède pour résoudre une situation de concurrence anormale. Si une telle sanction peut être prononcée par l'autorité de concurrence à l'issue d'une procédure contentieuse définitive (**B**), elle peut également, de manière plus étonnante, résulter d'une décision provisoire à travers la mise en œuvre de mesures conservatoires (**A**).

A/ La divulgation imposée à titre conservatoire

274. L'autorité française de la concurrence a été confrontée, à plusieurs reprises, à la demande d'opérateurs économiques nouveaux sur un marché de prononcer des mesures conservatoires à l'encontre d'un agent en situation dominante, afin de le contraindre à communiquer des informations protégées détenues en vertu de sa position historique sur le marché[1302]. Ce mécanisme a été particulièrement utilisé dans le secteur de l'énergie[1303], face à des pratiques contestées des sociétés EDF et GDF Suez devenue Engie, anciens monopoles respectivement sur le marché de l'électricité et celui du gaz.

275. Les conditions procédurales. La décision relative à la mise en œuvre de mesures conservatoires est prise parallèlement à une procédure au fond[1304] engagée devant l'autorité de concurrence dans l'attente d'un examen complet du comportement contesté. La fonction des mesures conservatoires est de préserver la concurrence dans l'attente d'une décision contentieuse. En conséquence, un certain nombre de critères doivent être remplis pour que l'autorité puisse édicter rapidement une ou plusieurs mesures provisoires, qu'elles lui soient expressément demandées ou prises de son propre chef[1305]. L'article L464-1 du code de commerce dispose que « *ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* ». En d'autres termes, une mesure conservatoire ne peut être envisagée que dans une situation d'urgence afin de juguler un

[1302] J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA 19 mai 2005 n° 99 - page 67
[1303] Mais il a également été utilisé dans le secteur des Télécom, voir ainsi notamment Cons. conc. 27 février 2002, décision 02-MC-03 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France, confirmé par CA Paris, Chambre 1, Section H, 9 avril 2002 France Télécom c/ Conseil de la concurrence, n° Jurisdata : 2002-191051.
[1304] Article R464-1 du code de commerce ; Cons. conc. Rapport annuel 2007 – Etude thématique sur les mesures conservatoires ; CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 31 Octobre 2014 n° 2014/19335 Engie : « *Considérant que le prononcé de mesures conservatoires dépend de la seule condition que les pratiques relevées soient susceptibles de constituer des pratiques prohibées par les dispositions du droit de la concurrence* »
[1305] Article L464-1 al1 du code de commerce

comportement de nature à porter une atteinte qui soit, à la fois, grave et immédiate[1306] à la concurrence[1307]. Cette atteinte peut concerner alternativement[1308] le secteur en cause, les consommateurs ou l'entreprise plaignante. Il importe donc avant toute chose que les faits portés devant l'autorité de concurrence puissent être susceptibles de constituer une pratique contraire aux articles L420-1 ou L420-2 du code de commerce et 101 ou 102 du TFUE[1309].
Au niveau européen, la Commission peut également prononcer des mesures provisoires[1310] à condition que trois conditions similaires soient réunies : une situation d'urgence, l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte (« constat *prima facie* d'infraction »), et le risque d'un préjudice grave et irréparable causé à la concurrence.

276. Des faits susceptibles de qualification anticoncurrentielle. S'il est entendu qu'une entreprise, anciennement monopole public, puisse diversifier ses activités et offrir des prestations sur des marchés concurrentiels, sa communication doit s'exercer à « armes égales » avec ses concurrents, y compris les opérateurs entrants[1311]. C'est justement ce qui a été reproché aux anciens monopoles de l'énergie, en considérant que l'usage de leurs informations protégées, notamment l'exploitation de leurs bases de données historiques, participait de pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante.
Dans l'affaire Engie[1312], il était reproché à GDF Suez de faire la promotion de ses offres de marchés[1313] en utilisant les moyens issus de son ancien monopole sur le marché du gaz

[1306] Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, pt 208
[1307] D. Bosco, « « Zonegrise »et mesures conservatoires », ccc octobre 2016, comm. 216 de CA Paris 28 juillet 2016, Pôle5, ch.5-7, n° 2016/11253 : JurisData n° 2016018354
[1308] Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, précité, pt 207
[1309] J-L Fourgoux, « De l'eau dans le gaz entre Direct Energie et GDF Suez : reconnaissance du droit d'accès au fichier clients de l'opérateur historique », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014, p.340
[1310] En vertu de de l'article 8 paragraphe 1 du règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité qui reprend la consécration prétorienne de cette possibilité ouverte à la Commission cf CJCE ord. 17 janvier 1980, Camera Care/Commission, aff. 792/79 R, recueil 1980 00119, pts 17 et 18, confirmée par CJCE 28 février 1984, aff. C-228/82 et C-229/82 Ford/Commission, recueil 1984 01129, pt 19
[1311] M. BAZEX, « L'incidence des règles de concurrence sur l'organisation des entreprises publiques », Droit Administratif n° 5, Mai 2009, comm. 66 ; S. Nicinski, « Relation entre l'opérateur historique et ses filiales », in Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2014 p.661
[1312] Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, précité ; CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 31 Octobre 2014 RG n° 2014/19335 (rejet, sauf modification des dates de mises à disposition des données), Cass Com 11 janvier 2017, pourvoi n°14-27100 (désistement).S'agissant des décisions au fond, voir Aut. conc. 21 mars 2017, décision n° 17-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques ; CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 6 Juillet 2017, RG n° 2017/07296 (Rejet d'une demande de communication de documents) et CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 25 Janvier 2018, RG n° 2017/07296 (désistement)

(marques, numéros de téléphone…) et en exploitant sa base de données historique, non reproductible par les concurrents. L'avantage significatif tiré de la combinaison des moyens issus du monopole et de la confusion opérée dans l'esprit des clients a été considéré comme susceptible de provoquer un effet d'éviction des concurrents entrants sur le marché, qualifiable d'un abus de position dominante de nature à justifier le prononcé de mesures conservatoires. Des faits similaires ont été reprochés à EDF[1314] : la confusion entretenue à l'égard des consommateurs entre le domaine concurrentiel et le domaine régulé, ainsi que la mise à la disposition de ses filiales opérant dans le champ concurrentiel de sa base de données historique pouvaient être qualifiée d'abus de position dominante de nature à exclure les nouveaux entrants sur le marché connexe de la production d'électricité photovoltaïque[1315]. Face à ces comportements, des concurrents des opérateurs historiques ont engagé des actions devant l'Autorité de la concurrence et ont demandé la mise en œuvre de mesures provisoires.

277. Des faits causant une atteinte grave et immédiate à la concurrence. Bien que les critères d'atteinte à la concurrence soient alternatifs, l'autorité de la concurrence dresse une liste complète des atteintes susceptibles d'être constituées. Dans l'affaire Engie, l'Autorité estime qu'il y a une atteinte grave et immédiate au secteur, compte tenu de l'origine de l'atteinte qui émane de l'opérateur historique et de la circonstance tenant au caractère émergent du marché[1316]. L'ouverture imminente d'une partie importante du marché du gaz et le caractère difficilement réversible d'une possible préemption de cette ouverture par GDF Suez représentent une menace grave et immédiate pour le développement des opérateurs alternatifs et pour le secteur[1317]. L'Autorité caractérise également une atteinte grave et immédiate à l'intérêt des consommateurs constitué par l'intensification de la stratégie de conversion de ses clients sous tarif réglementé aux offres de marché par GDF Suez, alors

---

[1313] Offre d'abonnement gaz ou électricité au prix du marché, et non au tarif réglementé, faisant suite à la mise en concurrence du marché de l'énergie

[1314] Aut. conc. 8 avril 2009, décision n° 09-MC-01 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct (décision définitive) ; s'agissant des décisions au fond, voir Aut. conc. 17 décembre 2013, décision n° 13-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, CA Paris, Pôle 5 - Chambre 5-7, 21 mai 2015, RG n°2014/02694 (rejet), Cass Com 27 septembre 2017, pourvois n°15-20.087 et n°15-20.291 (Rejet et cassation partielle sur l'appréciation de la circonstance aggravante consistant en la réitération de la pratique)

[1315] Aut. conc. 8 avril 2009, décision n° 09-MC-01 du relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct, précité, pts 119-120 et 140

[1316] Ch. Lemaire et S. Naudin, « L'Autorité de la concurrence enjoint à titre conservatoire à un ancien monopole historique de mettre des données de son fichier client à disposition de ses concurrent », Concurrences N° 4-2014, Chroniques - Procédures, p. 213

[1317] Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02, précité, pt 210 et suivants

même que ses offres sont globalement moins compétitives[1318] et que de telles conversions pourraient avoir un effet durable compte tenu du déficit d'informations des consommateurs[1319]. S'agissant enfin de l'atteinte grave et immédiate portée à la plaignante, en l'espèce la société Direct Energie, l'Autorité retient qu'elle ne jouit, ni de l'image de marque, ni de la taille critique nécessaires pour compenser la puissance de GDF Suez[1320]. En conséquence, les conditions sont réunies pour le prononcé de mesures conservatoires.

278. Engagements ou mesures conservatoires. L'affaire EDF-Solaire Direct[1321] pose la question de l'arbitrage entre engagements et mesures conservatoires. Ces deux procédures se rapprochent par la mise en œuvre d'un examen préliminaire de la situation concurrentielle et par la caractérisation des préoccupations de concurrence auxquelles les engagements comme les mesures conservatoires doivent répondre[1322]. Les engagements étant librement consentis, à l'inverse des mesures conservatoires imposées, on pourrait être tenté de penser qu'ils seraient favorisés par l'Autorité de la concurrence. De plus, dans les deux cas, les mesures sont décidées avant un examen complet des pratiques dans une décision au fond. Il nous paraît en conséquence nettement préférable, tant dans un souci d'efficacité que de respect de la liberté d'entreprendre des opérateurs[1323], que la divulgation d'informations protégées résulte d'engagements proposés plutôt que d'une mesure conservatoire imposée.

Ce n'est toutefois pas l'option retenue par l'Autorité dans l'affaire EDF-Solaire Direct qui rappelle que le choix lui appartient[1324]. Dans cette espèce, la société EDF avait proposé une série d'engagements, considérés comme insuffisants. Alors que cet opérateur était disposé à présenter de nouveaux engagements, l'Autorité a finalement décidé de ne pas donner de suite à cette procédure au profit de mesures conservatoires unilatéralement décidées. Cette décision

[1318] *Ibid..,* pt 225 et suivantes et notamment pt 248

[1319] Ch. Lemaire et S. Naudin, « L'Autorité de la concurrence enjoint à titre conservatoire à un ancien monopole historique de mettre des données de son fichier client à disposition de ses concurrent », précité

[1320] J-L Fourgoux, « De l'eau dans le gaz entre Direct Energie et GDF Suez : reconnaissance du droit d'accès au fichier clients de l'opérateur historique », précité

[1321] Aut. conc. 8 avril 2009, décision n° 09-MC-01 du relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct, précité

[1322] V. Sélinsky, « (In)compatibilité entre engagements et mesures conservatoires », RLC n°20 Juillet-Septembre 2009, Pratiques anticoncurrentielles – Actualités, p.32 n°1405

[1323] 89. Cons. conc., Rapport annuel 2005, Etude thématique sur Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions, p. 177 : « *la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées a minima* ».

[1324] V. Sélinsky, « (In)compatibilité entre engagements et mesures conservatoires », précité ; voir également L. Arcelin-Lécuyer, « Droit de la concurrence », précité, p.228 précisant que l'autorité n'est jamais tenue de rendre obligatoires les engagements proposés

de l'Autorité[1325], qui ne paraît pas de nature à conforter la confiance des agents dans la procédure d'engagements s'explique sans doute par le fait que la société EDF a visiblement tardé à proposer de nouveaux engagements alors qu'il lui avait été expressément signifié que ses propositions étaient insuffisantes[1326]. Il ne saurait en conséquence être trop conseillé aux entreprises de faire montre de célérité dans le cadre de procédures d'engagement devant l'Autorité, sous peine de ne pouvoir *in fine* en bénéficier.

279. Une divulgation limitée des informations protégées. Les mesures conservatoires ayant vocation à rétablir une situation dégradée ou, à tout le moins, à empêcher que celle-ci évolue de façon irréversible, elles se caractérisent par leur caractère provisoire et circonstancié. Autrement dit, les mesures conservatoires doivent seulement permettre le retour à une concurrence normale dans l'attente d'une décision au fond et sont, à ce titre, strictement limitées à cet objectif. Il n'est pas question de donner un accès illimité aux informations protégées des opérateurs en situation dominante. Toutefois, lorsque des agents dominants utilisent leurs moyens historiques sur un marché concurrentiel, l'Autorité peut estimer nécessaire de permettre aux nouveaux entrants de bénéficier de certaines informations protégées.

Un des points cruciaux des affaires Engie et EDF concernait l'usage par ces entreprises et leurs filiales[1327] de leurs bases de données historiques, résultant de leur monopole légal[1328], et non d'une innovation ou d'un mérite propre[1329]. Les données accumulées dans le cadre de l'ancien monopole, la constitution et l'entretien de la base financés par les tarifs réglementés[1330], ne pouvaient être reproduites[1331] par leurs concurrents à des conditions financières et des délais acceptables[1332]. Les mesures ordonnées aux opérateurs historiques les ont obligés en conséquence, non à donner un accès à l'ensemble de leur base de données,

[1325] Accepter dans un premier temps la procédure d'engagements pour la refuser par la suite

[1326] Aut. conc. 8 avril 2009, décision n° 09-MC-01 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct, précité, p t 165

[1327] EDF ENR à titre d'exemple, cf S. Destours, « Lumière sur le groupe EDF », RLC n°20 Juillet-Septembre 2009, Concurrence et droit public – Actualités-Eclairage, p.59 n°1420

[1328] S. Nicinski, « Relation entre l'opérateur historique et ses filiales », in Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2014 p.661, précité

[1329] Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02, précité, pt 147 ; voir également M. Ponsard « Abus de position dominante : la question de l'accès aux données », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.231

[1330] Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02, précité, pt 147

[1331] *Ibid..,* pts 148 et 153.

[1332] J-L Fourgoux, « De l'eau dans le gaz entre Direct Energie et GDF Suez : reconnaissance du droit d'accès au fichier clients de l'opérateur historique », précité, reprenant l'avis de la CRE citée par Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02, précité ; voir également dans l'affaire EDF ENR, S. DESTOURS, « Lumière sur le groupe EDF », RLC n°9, Avril - Juin 2014 p.87 n°2526

mais à permettre l'accès à leurs concurrents qui en feraient la demande, à une partie des données résultant de leur monopole légal passé[1333], ne pouvant être obtenues par d'autres moyens dans des conditions raisonnables[1334], afin de permettre une concurrence effective entre fournisseurs d'énergies[1335]. La divulgation imposée aux opérateurs historiques apparaît circonscrite en son objet. Il convient désormais de s'interroger sur sa limitation dans le temps, afin de déterminer si une divulgation à titre conservatoire est véritablement provisoire.

280. Mesure provisoire et divulgation définitive. Il peut sembler surprenant que la divulgation d'informations protégées détenues par un opérateur économique puisse lui être imposée à titre conservatoire. En effet, il est expressément requis que les mesures conservatoires soient strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence[1336]. Par voie de conséquence, il nous semble inenvisageable que les mesures conservatoires puissent être irréversibles[1337]. Or, une divulgation est par principe définitive : il n'est pas possible de rendre un concurrent ignorant d'une donnée qui lui a été communiquée[1338]. Il peut certes être demandé aux opérateurs de ne pas utiliser les informations communiquées. Mais outre que cette obligation négative est difficile à contrôler, la connaissance acquise ne peut être retirée[1339].

Dans l'affaire Engie, la cour d'appel de Paris[1340] ne remet pas en cause le choix de la mesure conservatoire visant à la divulgation de certaines données détenues par Engie au motif que seules les données indispensables doivent être transmises *via* un site internet qui pourra être fermé à tout moment, et qu'il pourra être enjoint aux concurrents de ne pas utiliser les données s'il apparaissait que la pratique contestée n'est pas anticoncurrentielle. Comme nous

[1333] J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA 19 mai 2005 n° 99 - page 67 : « *Le caractère d'infrastructure essentielle peut résulter d'un monopole légal (...) Dans cette hypothèse, on ne peut repérer aucun mérite (...). Alors, le profit de monopole n'a pas de raison d'être particulière* ».

[1334] Telles que des informations relatives à la consommation des clients d'Engie ainsi que des éléments d'identification cf Ch. Lemaire et S. Naudin, « L'Autorité de la concurrence enjoint à titre conservatoire à un ancien monopole historique de mettre des données de son fichier client à disposition de ses concurrent », précité

[1335] ECN Brief (European Competition Network), Published on ECN (https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief), 18 février 2015

[1336] Article L.464-1 al 3 du code de commerce

[1337] J-L Fourgoux, « De l'eau dans le gaz entre Direct Energie et GDF Suez : reconnaissance du droit d'accès au fichier clients de l'opérateur historique », précité ; voir également Cons. conc. Rapport annuel 2007, étude thématique sur les mesures conservatoires p.79

[1338] A cet égard, il est intéressant de noter que l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Engie ne prononce pas d'injonction de continuer à accorder un accès à certaines données déjà communiquées dans le cadre des mesures conservatoires cf Aut. conc. 21 mars 2017, décision n° 17-D-06 du relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques, pt 185.

[1339] Ch. Lemaire et S. Naudin, « L'Autorité de la concurrence enjoint à titre conservatoire à un ancien monopole historique de mettre des données de son fichier client à disposition de ses concurrent », précité

[1340] CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 31 Octobre 2014 , RG n° 2014/19335, précité

l'avons évoqué, cette limite nous paraît illusoire. C'est sans doute pourquoi la cour d'appel va plus loin et retient que le « *caractère irrémédiable* » n'est « *pas exclu par les dispositions de l'article L. 464-1 du code de commerce, dès lors que les mesures prononcées sont nécessaires pour faire face à l'urgence et sont proportionnées au trouble subi* »[1341]. Une telle affirmation ne laisse pas de surprendre : comment une mesure au caractère irrémédiable pourrait-elle être strictement circonscrite à l'urgence et proportionnée au trouble ? Nous ne pouvons partager la position de la cour d'appel tant il nous semble que le propre d'une mesure conservatoire tient à son caractère provisoire, soumis à la décision au fond.

A cet égard, la décision du Tribunal[1342] dans l'affaire IMS Health prononçant le sursis à l'exécution de la décision de la Commission ordonnant des mesures conservatoires[1343] retient que l'injonction de concéder une licence légitime l'usage initialement non autorisé de la base de données et constitue « *mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi dans le cadre d'une procédure d'urgence* »[1344]. Suivant la même logique, l'ordonnance du Tribunal[1345], statuant sur la demande d'annulation de ces mêmes mesures conservatoires, estime que la balance des intérêts penche en faveur de la sauvegarde du droit de propriété intellectuelle dans la mesure où « *le caractère abusif du comportement de la partie requérante n'est pas, compte tenu de la jurisprudence pertinente, évident, et (...) il existe un risque concret qu'elle subisse un préjudice grave et irréparable si elle est obligée, entre-temps, de délivrer une licence à ses concurrents*[1346] ». Le prononcé d'une licence obligatoire crée une situation irréversible et aboutit à tirer les conséquences de l'abus avant même que celui-ci soit qualifié[1347]. Le caractère définitif de la divulgation nous paraît contredire l'essence même d'une mesure conservatoire. Il est donc à souhaiter que ce type de mesures provisoires soit évité et, à tout le moins, restreint à des hypothèses où la position dominante des opérateurs ne fait aucun doute

---

[1341] *Ibid.*.

[1342] TPICE, ord. 10 août 2001, aff. T-184/01 IMS Health Inc. c/ Commission - Sursis à l'exécution de la décision de la Commission jusqu'au prononcé sur la demande de mesures provisoires, recueil 2001 II-02349, voir également L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats - 01/07/2004 - n° 3 - page 882

[1343] Commission européenne, 3 juillet 2001, 2002/165/CE, IMS Health : les mesures conservatoires imposées à IMS Health «d'accorder sans délai et sur une base non discriminatoire, à toutes les entreprises qui sont actuellement présentes sur le marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales en Allemagne, une licence d'utilisation de la structure à 1 860 modules, afin de permettre à ces entreprises d'utiliser et de vendre des données sur les ventes régionales formatées selon cette structure» (article 1er de la décision).

[1344] V.-L. Bénabou, Chroniques Droit communautaire, Prop. Int. avril 2002 n°3, n°2 Droit de la concurrence p.117

[1345]

[1346] TPICE 26 octobre 2001, ord., aff. T-184/01, IMS Health c/ Commission, Recueil 2001 II-03193 (pourvoi rejeté par CJCE 11 avril 2002, ord., aff. C-481/01 P, recueil 2002 I-03401), pt 144

[1347] V.-L. Bénabou, Chroniques Droit communautaire, Prop. Int. avril 2002 n°3, précité

et où les pratiques contestées sont suffisamment étayées[1348] pour qu'une atteinte à la concurrence soit flagrante[1349]. La divulgation d'une information protégée nous semble, en revanche, devoir être exclue dans des cas de « zone grise »[1350] où le comportement anticoncurrentiel ne pourrait être qualifié comme tel qu'à l'issue d'un examen minutieux, incompatible avec le prononcé d'une mesure d'urgence. Dans le cadre d'un examen au fond de comportements susceptibles d'être qualifiés d'anticoncurrentiels, les autorités de concurrence française et européenne peuvent imposer la divulgation d'informations protégées à titre définitif.

B/ La divulgation imposée à titre de sanction définitive

281. La divulgation d'informations protégées est susceptible d'être imposée par une autorité de concurrence à titre de sanction d'un comportement anticoncurrentiel. Précisément, c'est dans le cadre circonscrit des abus de position dominante qu'une telle divulgation contrainte a pu être prononcée. La diffusion de données protégées a alors, non seulement une vocation punitive, mais également une fonction réparatrice. Elle permet de mettre fin à la rétention d'informations et évite la réalisation à l'avenir de l'abus de position dominante constitué par l'absence de divulgation d'informations protégées.

282. La position dominante de l'opérateur détenteur des informations protégées. Une entreprise en position dominante a une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective et non faussée[1351]. Cela ne signifie pas qu'un tel opérateur se voit interdire toute action de nature à valoriser ses actifs[1352], mais qu'il est tenu de ne pas adopter de comportements susceptibles de mettre en danger la concurrence exercée sur le marché au sein duquel il intervient. Dès lors qu'un agent est en position dominante[1353], il lui est interdit

[1348] Le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité en son article 8.1 autorise ainsi la Commission à prononcer des mesures provisoires que sur la base d'un constat *prima facie* d'*infra*ction

[1349] A cet égard, il est intéressant de noter que si cela ne préjuge pas d'une reconnaissance du caractère anticoncurrentiel de ses actes, la société Engie a conclu une transaction dans cette affaire, aboutissant concrètement à une non-contestation des griefs.

[1350] D. Bosco, « « Zonegrise »et mesures conservatoires », précité

[1351] Voir notamment CJUE 6 décembre 2012, aff. C‑457/10 P, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc, c/ Commission européenne, points 75, 133 et 134, ECLI:EU:C:2012:770

[1352] I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », éd° Ant. N. Sakkoulas et Bruylant 2007, p.1542

[1353] À cet égard, le monopole d'exploitation dont jouit le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne doit pas être assimilé à une position dominante cf notamment D. L'Henoret-Marcellesi, « Les *infra*structures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies », Gaz. Pal. 21 juillet 2005 n° 202 - page 32

de se prévaloir des informations protégées dont il dispose pour éliminer toute concurrence, y compris de manière négative, c'est-à-dire en ne communiquant pas les données en sa possession.

283. La non-divulgation qualifiée d'abus. L'abus de position dominante consiste dans le fait pour un opérateur en situation de domination d'influencer la structure d'un marché par un comportement de nature à faire obstacle au maintien ou au développement de la concurrence sur ledit marché[1354]. Lorsqu'une entreprise en position dominante met en œuvre des pratiques aboutissant à évincer toute forme de concurrence, ses agissements deviennent susceptibles d'être qualifié d'abusifs. L'hypothèse spécifiquement abordée dans le cadre de cette étude concerne le cas où l'agent économique utilise des informations protégées en sa possession de manière à exclure ses concurrents. Cela se traduit concrètement par le refus de communiquer aux autres acteurs du marché des informations protégées sans lesquelles ils ne sont pas à même d'exercer leur activité. Le refus peut prendre plusieurs formes : un refus pur et simple de communiquer les informations[1355], un refus de concéder une licence sur un droit de propriété intellectuelle couvrant les informations[1356] ou une mise à disposition des informations moyennant des tarifs rédhibitoires[1357].

284. Théorie des facilités essentielles et refus de divulgation. L'analyse du refus de divulgation s'inscrit dans le cadre parfois flou de la théorie des facilités essentielles[1358]. Cette

[1354] CJCE 13 février 1979, aff. C-85/76, Hoffmann Laroche & Co.AG c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1979 00461, pt 91

[1355] CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, Magill, recueil 1995 I-00743 (faisant suite à TPICE 10 juillet 1991, aff. T-69/89, recueil 1991 II-00485 et Commission 21 décembre 1988 89/205/CEE JO n° L 078 du 21 mars 1989 p. 0043 – 0051), étant précisé que dans cette espèce, la Cour européenne vise les « *informations brutes* » (pts 47, 54 et 91) détenues par des chaines télévisées, tandis que ces informations étaient réputées protégées par le droit d'auteur en application du droit interne irlandais et que c'est justement le défaut d'autorisation de reproduire ces informations protégées par copyright qui empêchait la publication par la société Magill d'un guide TV hebdomadaire global cf C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », éd. LexisNexis Litec, Coll. IRPI n°32, 2009, n°247 p. 216

[1356] CA Paris, pôle 5, ch. 7, 24 sept. 2015, n° 2014/17586, Sté Cegedim c/ Sté Euris (faisant suite à Aut. conc., déc. n° 14-D-06, 8 juill. 2014, l'arrêt d'appel ayant fait l'objet d'un pourvoi rejeté par Cass Com 21 juin 2017, pourvoi n°15-25941) : la société Cegedim avait à l'époque tenté de justifier son refus discriminatoire par l'existence d'une action en contrefaçon pour violation du monopole du droit du producteur de base de données, action finalement rejetée cf CA Versailles, 12e ch., 29 avr. 2014, RG n° 12/07881, Sté Cegedim c/ SA Euris : JurisData n° 2014-011728 cf C. Caron, «La défense d'un droit de propriété intellectuelle ne justifie pas un comportement anticoncurrentiel » , cce n°2 janvier 2016, comm. n°2

[1357] S. Nicinski, « Abus de position dominante et tarifs publics », AJDA 2002. 1072, comm. de CE 29 juillet 2002, N° 200886, sté Cegedim (concernant les tarifs de mise à disposition du répertoire Sirene); voir également F. Marty et J. Pillot « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision « voyagessncf.com » : une analyse économique », RLC avril-juin 2009 n°19, Pratiques anticoncurrentielles n°1333, p.20

[1358] Théorie d'origine américaine concernant initialement des *infra*structures physiques, issue de la décision de 1912 Terminal Railroad [United States v./Terminal Railroad Assn. of St Louis, 224 US 383] relative

théorie comprend plusieurs conditions d'application, fluctuantes au gré des juridictions qui en ont fait usage. Si l'exigence du caractère essentiel de la ressource est systématique[1359], d'autres conditions tenant à l'exigence d'un produit nouveau, sur un marché connexe, ont connu une appréciation évolutive tant au niveau européen qu'en droit interne. La première difficulté tient à l'application d'une théorie conçue pour des infrastructures physiques à des informations, couvertes ou non par des droits de propriété intellectuelle. Il convient donc, en premier lieu, d'examiner si une information peut être essentielle au sens de la théorie.

285. La nature essentielle des informations protégées. Il importe, pour commencer, d'observer la nature des informations dont la transmission est refusée. Il s'agit d'informations protégées détenues par une entreprise en position dominante[1360] qui lui permettent d'exercer une pression concurrentielle, non seulement sur le marché sur lequel elle est en situation de dominance, mais également sur un marché connexe. Ces informations peuvent être de différents types : informations protégées constituées en bases de données produites par des monopoles historiques[1361], informations protégées issues de l'activité menée par l'entreprise qualifiées de « biens informationnels »[1362], et informations résultant d'un effort créateur ou innovant, c'est-à-dire des informations protégées par un droit de propriété intellectuelle. Quelle que soit l'origine de l'information, sa divulgation ne peut être envisagée comme sanction d'un comportement anticoncurrentiel que si elle répond à la condition d'essentialité.

Pour qu'une information soit qualifiée d'essentielle, elle doit être incontournable pour l'exercice de l'activité envisagée sans qu'il existe de substitut réel ou potentiel. Un débat[1363]

---

l'association des propriétaires de lignes ferroviaires permettant la traversée du fleuve Mississipi à hauteur de la ville de Saint Louis. Théorie ensuite « reniée » en 2004 par la Cour suprême dans son arrêt Trinko [Verizon Communications Inc v./Law Office of Curtis Trinko, US Supreme Court, 540 US 398]. Pour un historique de la théorie, voir C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », éd. LexisNexis Litec, Coll. IRPI n°32, 2009, n°540 et suivants, p. 430 et suivantes

[1359] Même si l'appréciation de la réplicabilité est par principe discutée par les concurrents

[1360] Voire monopolistique cf V. Sélinsky, « Le refus de vente d'une base de données, par une entreprise dominante, constitue un abus de position dominante, même si cette base de données n'est pas une facilité essentielle », RLC n°41 Octobre - Décembre 2014, Pratiques Anticoncurrentielles n°2630 p.17

[1361] A l'instar des bases de données de France Telecom, EDF et GDF Suez devenu Engie

[1362] M. Ranouil, « La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie ! », cce n° 1, Janvier 2016, étude 1 ; voir également S. Lemarchand, O. Freguet et F. Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », Prop. Int. janvier 2003, n°6, Doctrine p.11

[1363] Dans le sens de deux conditions cumulatives, voir notamment S. Martin et F. Levilain, « L'application de la théorie des «facilités» essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz »,Gaz. Pal. 24 octobre 2002 n° 297 - page 4, dans le sens d'une unique condition avec deux pans d'appréciation, voir G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », éd. LGDJ Bibliothèque de droit international et communautaire Tome 124, 2009

s'est fait jour sur le caractère cumulatif de ces deux critères, nécessité et unicité. A l'instar de Monsieur Dezobry[1364], il nous semble qu'il s'agit, non pas d'exigences cumulatives, mais de deux pans de la même essentialité. Une information ne saurait en effet être indispensable s'il existe une alternative réelle ou potentielle. De la même manière, la nécessité de l'information ne fait pas de doute si elle ne connaît aucun substitut. A cet égard, il convient de préciser que le défaut de réplicabilité est apprécié strictement : il ne suffit pas que la mise en œuvre d'une « solution de remplacement » soit moins avantageuse[1365], il faut qu'elle soit impossible au regard de conditions économiques raisonnables, mises en œuvre par les concurrents seuls ou associés[1366]. L'appréciation de la nécessité et de l'unicité de l'information dépend de chaque cas d'espèce[1367]. En tout état de cause, il nous semble possible que certaines informations protégées puissent être indispensables pour l'exercice d'une activité et non réplicables en raison de coûts de récolte considérables[1368]. Une information protégée peut donc être qualifiée de facilité essentielle[1369].

286. Les conditions de la non-divulgation constitutive d'abus. Une fois l'information qualifiée d'essentielle, la portée de sa rétention doit être analysée : toute absence de divulgation d'une donnée, même essentielle, n'est pas abusive. Des circonstances exceptionnelles[1370] supplémentaires, qui relèvent d'une « *mise en balance de l'intérêt à*

[1364] G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », éd. LGDJ Bibliothèque de droit international et communautaire Tome 124, 2009, pts 53 et suivants sur le critère de la nécessité, pts 65 et suivants sur le critère de l'unicité

[1365] CJCE 26 novembre 1998, aff. C-7/97, Oscar Bronner, recueil 1998 I-07791, voir également Cass Com 12 juillet 2005, n° 04-12.388, Bull. civ. IV, n° 163 (affaire NMPP)

[1366] CJCE 26 novembre 1998, aff. C-7/97, Oscar Bronner, précité, pt46, voir également Cons. conc., avis n° 02-A-08, 22 mai 2002

[1367] Ainsi dans l'affaire Cegedim, l'Autorité de la concurrence a estimé que la base de données Onekey n'était pas une facilité essentielle compte tenu de la possibilité technique et économique de proposer un substitut cf Aut. Conc. 8 juillet 2014, décision n° 14-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, pts 165 et suivants ; dans d'autres espèces ont été pris en compte le fait que l'information essentielle avait été construite en collaboration avec les acteurs du marché ou était devenue un « standard de fait » cf G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°152 p.100 concernant la décision Cons. Conc. 31 mai 2005, décision n°05-D-25 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste, pt 35 ; ainsi que D. L'Henoret-Marcellesi, « Les *infra*structures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies », Gaz. Pal. 21 juillet 2005 n° 202 – p. 32

[1368] À l'instar des bases de données d'opérateurs historiques

[1369] L. Idot, « Information et droit de la concurrence », rlda n° 60, 1er mai 2003, p.5, pt 30 et suivants. Même s'il est souhaitable que l'application de la théorie des facilités essentielles à des informations reste marginale cf G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°400 et suivants, p. 254 et suivantes

[1370] D. Bosco, « Une application de la théorie des *infra*structures essentielles à un cas de refus d'insertion d'une annonce publicitaire », ccc n°12 décembre 2014, comm. 276

innover du titulaire, d'une part, et de l'intérêt à innover du secteur d'autre part »[1371], doivent être réunies pour que l'absence de divulgation d'une information puisse être constitutive d'un abus de position dominante. La jurisprudence ayant eu à statuer sur un refus de communication d'informations protégées a estimé que l'abus ne pouvait être caractérisé que si l'absence de solution technique ou économique alternative aboutissait à ce que le défaut d'accès à l'information essentielle empêche toute concurrence par l'offre d'un produit nouveau sur un marché complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'information domine. Il convient d'aborder successivement les conditions évoquées pour caractériser ces « circonstances exceptionnelles »[1372].

287. Un produit nouveau. La première condition tient à l'exigence d'un produit nouveau dont l'apparition serait contrariée par la rétention d'informations protégées de la part de l'opérateur en situation de dominance. La Cour de justice dans l'arrêt Magill[1373] retient que « *le refus, par les requérantes, de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur a donc fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 86, deuxième alinéa, sous b), du traité* ». Le critère du produit nouveau repris dans la décision de la Cour de justice du 29 avril 2004 IMS Health [1374] apparaît comme un garde-fou de l'application juridique[1375] et de l'appréhension économique de la théorie des facilités essentielles. La Cour de justice précise ainsi que cette condition garantit un équilibre « *dans la mise en balance de l'intérêt relatif à la protection du*

[1371] J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », éd. Bruylant 2012, n°673, p.389

[1372] CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, Magill, précité, pts 50 et suivants

[1373] CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, Magill, précité, pt 54

[1374] CJCE 23 avril 2004, aff. C-418/01, IMS Health GmbH & Co KG, recueil 2004 I-05039, demande de question préjudicielle, pt 49 : « *Dès lors, le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs.* »

[1375] F. Pollaud-Dulian, «Abus de position dominante. Droit exclusif. Refus d'octroyer une licence. Bases de données. Infrastructures ou installations essentielles (« essential facilities ») », RTDCom 2004 p.491 : « *Il s'agit-là d'un garde-fou qui devrait éviter une application extensive des sanctions de l'abus de position dominante et sauvegarder l'essentiel du caractère exclusif du droit d'exploitation des propriétés intellectuelles* », également G. Bonet « Le point sur l'application de l'article 82 (ex-art. 86) CE en matière de propriétés intellectuelles », RTD eur 2004 p.691 : « *C'est là une condition décisive pour que la protection des droits de propriété intellectuelle ne se vide pas de sa substance. Le juge de renvoi a compétence pour le vérifier.* »

droit de propriété intellectuelle et à la liberté d'initiative économique du titulaire de celui-ci, d'une part, avec l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence, d'autre part »[1376]. L'apparition du produit nouveau, vecteur de concurrence, justifie alors l'atteinte au droit de propriété, le cas échéant intellectuelle, et à la liberté d'entreprendre du détenteur des informations protégées. Du point de vue économique, l'exigence d'un produit nouveau permet de mettre en exergue le préjudice subi par les consommateurs résultant du défaut de communication des informations protégées. Le défaut d'accès aux informations protégées ne devrait être sanctionné que s'il est susceptible d'en résulter des gains d'efficience à long terme, c'est-à-dire un renforcement de la concurrence par l'innovation[1377].

La prise en compte des bénéfices pour les consommateurs a conduit à un assouplissement du critère du produit nouveau, particulièrement visible dans l'affaire Microsoft[1378]. Dans cette espèce, Microsoft, après avoir transmis les informations nécessaires à l'interopérabilité entre serveurs de groupe de travail, avait cessé de mettre ces données à disposition[1379], concomitamment à l'essor de son propre système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail[1380]. Le défaut de communication des informations protégées avait abouti à limiter le développement technique au détriment des consommateurs[1381]. Dans cette espèce, le produit nouveau dont l'apparition était compromise s'est réduit à un produit seulement distinct[1382] de ceux proposés par le détenteur des informations protégées, de surcroît hypothétique[1383]. Si cette appréciation peut apparaître comme mettant de côté un élément essentiel de la théorie, elle permet en réalité de prendre en compte le fait que l'innovation ne résulte pas toujours d'un produit nouveau, mais peut également relever d'une évolution des solutions

[1376] CJCE 29 avril 2004, aff. C-418/01, IMS Health GmbH & Co KG précité, pt 48
[1377] F. Marty et J. Pillot « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision « voyagessncf.com » : une analyse économique », RLC avril-juin 2009 n°19, Pratiques anticoncurrentielles n°1333, p.20
[1378] TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft Corporation/Commission, ECLI:EU:T:2007:289 statuant sur une demande d'annulation de la décision 2007/53/CE de la Commission du 24 mars 2004 (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft, JO 2007, L 32, p. 23)
[1379] Aboutissant à une rupture d'interopérabilité, susceptible de révéler une stratégie d'éviction cf J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », précité, n°687, p.399 ; voir également C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°258, p.226-227
[1380] F. Marty et J. Pillot, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », Revue d'économie industrielle, 129-130 | 1er et 2e trimestres 2010
[1381] *Ibid.*.
[1382] Et non nouveau cf TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft, précité, pts 240 et 656 : les concurrents disposant des informations relatives à l'interopérabilité seront en mesure de développer des produits qui « *se différencieront de ceux de Microsoft sur des paramètres importants* »
[1383] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°260, p.230

existantes[1384]. Ainsi, « *l'obligation d'interopérabilité augmente les incitations à innover de Microsoft et de ses concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe, sans pour autant diminuer les incitations à innover de Microsoft concernant les spécifications des interfaces* »[1385]. A l'instar du critère de produit nouveau, l'exigence d'un impact du comportement litigieux sur un marché complémentaire à celui sur lequel l'opérateur est en position dominante a connu une évolution notable.

288. Un marché connexe. L'exigence de répercussions du défaut de divulgation sur un marché dérivé de celui sur lequel le détenteur d'informations protégée est en position dominante a été soulignée dans l'arrêt Magill qui retient que « *par leur comportement, les requérantes se sont réservé un marché dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché* »[1386]. Alors que cet élément était présenté comme nécessaire, les décisions jurisprudentielles postérieures l'ont réduit à la portion congrue. Dans l'arrêt IMS Health, la Cour de justice indique qu'il suffit qu'un marché hypothétique puisse être identifié pour que le critère soit satisfait[1387]. La condition apparaît alors vidée de sa substance[1388] et devient une exigence uniquement formelle remplie au prix de quelques contorsions intellectuelles. Cette évolution est encore plus flagrante dans la décision Microsoft qui aboutit à escamoter ce caractère au profit de développements sur le préjudice résultant pour les consommateurs d'une limitation du développement technique dû à la rétention d'informations relatives à l'interopérabilité[1389].

289. L'absence de justifications objectives. La dernière condition tient à l'absence de justification objective au refus de communication des informations protégées. Si l'exigence paraît claire, aucune précision n'a été donnée par la Commission, le Tribunal ou la Cour de justice. De la même manière, l'Autorité française de la concurrence n'a pas développé cet aspect de l'application de la théorie. Un auteur a proposé quelques exemples de justifications objectives au refus de divulgation tels que « *le caractère insolvable du client en question ou*

[1384] F. Marty et J. Pillot, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », précité
[1385] I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », précité p.1564
[1386] CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, Magill, précité, pt 56
[1387] CJCE 29 avril 2004, aff. C-418/01, IMS Health GmbH & Co KG précité, pt 44
[1388] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°481, p.378
[1389] TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft, précité, pts 646 et suivants

son incapacité technique d'utiliser l'installation essentielle correctement »[1390]. Toutefois, en l'état, aucun argument n'a été considéré comme recevable par la jurisprudence[1391], y compris la nature de droit de propriété intellectuelle protégeant l'information dont la divulgation était requise[1392]. La quasi-impossibilité de présenter une justification au comportement contesté pose question compte tenu de la gravité de la sanction permise par la théorie des facilités essentielles, consistant dans la divulgation forcée des informations protégées. Cette communication imposée apparaît comme le seul moyen de mettre un terme à l'infraction constatée[1393].

290. Une divulgation imposée. Lorsque l'abus est caractérisé, c'est-à-dire après que la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent ainsi que la rétention abusive d'informations protégées ont été qualifiées, une sanction est prononcée par l'autorité de concurrence. Elle comporte souvent deux pans distincts[1394] : un volet strictement pécuniaire par le biais d'une amende et un volet plus correctif consistant à imposer la communication de données tues, aux fins d'une concurrence effective sur le marché concerné. En d'autres termes, la réparation de l'atteinte à la concurrence passe, non seulement par une sanction pécuniaire, mais également par la mise en œuvre de mesures destinées à rétablir concrètement la concurrence sur le marché. On retrouve ainsi l'objectif curatif des engagements de divulgation des informations protégées[1395], dans une optique qui se distingue toutefois par son caractère imposé. L'entreprise détentrice des informations protégées ne propose pas le remède, elle le subit.

La divulgation forcée peut prendre plusieurs formes : il peut s'agir d'une simple injonction de faire cesser toute discrimination[1396] ou d'un accès circonstancié aux informations protégées

[1390] I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », précité, p.1327

[1391] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°485, p.382

[1392] TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft, précité, pt 690

[1393] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°250 p.219 et n°487 p.384, également G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°630, p.388

[1394] Commission 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792 Microsoft n°C(2004) 900, articles 3 et 5, mais dans la décision Magill, seule une mesure corrective est prononcée cf Commission 21 décembre 1988 (IV/31.851, Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE) JO n° L 078 du 21 mars 1989 p. 0043 - 0051

[1395] Mis en exergue lorsque c'est l'entreprise qui propose des engagements afin de résoudre les « préoccupations de concurrence »

[1396] Aut. conc., déc. n° 14-D-06, 8 juill. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales ; CA Paris Pôle 5 - Chambre 5-7 24 Septembre 2015, RG n°2014/17586, Cégédim, Euris (rejet), et Cass Com 21 juin 2017, pourvoi n° 15-25.941 (rejet), F. Marty « L'Autorité de la concurrence sanctionne un opérateur dominant du secteur des bases de données d'informations médicales et des logiciels de gestion de clientèle pour refus d'accès discriminatoire », Concurrences N° 4-2014, Chroniques - Pratiques unilatérales, p.135 ; également G. Decocq, « Les soupçons de

suivant une licence obligatoire[1397]. Si l'injonction de mettre fin à une discrimination injustifiée paraît une sanction naturelle du droit de la concurrence afin de rétablir une concurrence saine et loyale sur le marché[1398], il n'en va pas de même des injonctions de communication. Certains auteurs[1399] ont assimilé les deux sanctions dans l'affaire Onekey[1400]. Nous sommes réservés sur cette interprétation. Il nous semble à l'inverse que les faits reprochés et la sanction prononcée se distinguent d'une licence obligatoire. L'Autorité de la concurrence[1401] « *enjoint à la société Cegedim SA de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de CRM* ». La fin de la discrimination signifie que les informations protégées étaient diffusées préalablement à la procédure mais que certains concurrents étaient injustement exclus des destinataires de ces données. L'injonction permet alors de mettre fin à une situation inique. En revanche, lorsque les informations étaient gardées secrètes à l'égard de l'ensemble des concurrents, leur diffusion contrainte va au-delà du rétablissement d'une concurrence faussée. Elle crée une nouvelle situation de concurrence. C'est pourquoi la spécificité de la théorie des facilités essentielles réside dans sa sanction consistant en une divulgation forcée[1402].

291. Une divulgation attentatoire aux libertés économiques. Il est possible de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle divulgation contrainte et particulièrement sur son caractère proportionné. Dans la mesure où il s'agit d'une sanction issue d'une procédure contentieuse devant l'autorité de concurrence ayant permis un examen complet de la position de l'entreprise sur le marché ainsi que des agissements contestés, il n'existe pas la même difficulté que dans le cas d'une divulgation imposée dans le cadre de mesure conservatoire

---

contrefaçon ne justifient pas des refus de vente discriminatoires et collectifs », ccc, août-septembre 2017, comm. n°182

[1397] Voir notamment Commission 24 mars 2004 Microsoft et Commission 21 décembre 1988 Magill, précités

[1398] Une entreprise dominante ne doit en effet pas adopter de comportements discriminatoires, cette pratique étant prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce, et par l'article 102, c) TFUE

[1399] M. Ranouil, « La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie ! », cce n° 1, Janvier 2016, étude 1 ; C. Caron, « La défense d'un droit de propriété intellectuelle ne justifie pas un comportement anticoncurrentiel », cce n°2 janvier 2016, comm. n°2, CA Paris, pôle 5, ch. 7, 24 sept. 2015, RG n° 2014/17586, Sté Cegedim c/ Sté Euris

[1400] M. Ranouil, « La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie ! », précité, qui considère que la cour d'appel de Paris avait « *prononcé la sanction du contrat de licence forcé à l'encontre du propriétaire d'une base de données tout en excluant explicitement sa qualification de facilité essentielle* »

[1401] Aut. Conc. 8 juillet 2014, décision n° 14-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales (recours rejeté par CA Paris Pôle 5 - Chambre 5-7, 24 septembre 2015, RG n°2014/17586, pourvoi rejeté par Cass Com 21 juin 2017, pourvoi n°15-25.941

[1402] M. Ranouil, « La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie ! », précité

qui aurait vocation à être « temporaire »[1403]. Il s'agit ici d'une sanction « définitive »[1404] qui bénéficie de la légitimité d'une décision au fond. Il n'en reste pas moins qu'une fois l'information transmise, il est quasiment impossible d'envisager un retour en arrière, la connaissance ne pouvant être ôtée. Une exception à ce constat peut toutefois être envisagée lorsque les informations en cause sont protégées par un droit de propriété intellectuelle. Une utilisation hors de la licence obligatoire concédée serait constitutive de contrefaçon et il pourrait être imposé au concurrent de ne plus faire usage de l'information protégé.

Le caractère proportionné de la divulgation interroge[1405]. Si un droit d'accès semble résulter du principe de libre concurrence[1406], le fait d'obliger un opérateur économique à se déposséder d'informations protégées constitue une atteinte considérable à sa liberté d'entreprendre, à sa liberté contractuelle[1407], ainsi qu'à son droit de propriété si les informations en cause sont protégées par un droit de propriété intellectuelle. Le respect du principe de proportionnalité cher au droit de la concurrence ne paraît pas certain dès lors que la sanction de l'abus d'un opérateur aboutit à le priver de sa liberté d'action. De surcroît, la forme de la divulgation est également dictée par l'autorité de concurrence, engendrant une nouvelle atteinte à la liberté contractuelle, qui consiste, en premier lieu, dans le choix de contracter et de choisir son co-contractant. Face à des libertés économiques malmenées[1408], la question se pose de savoir si la divulgation contrainte favorise véritablement la concurrence qui n'est désormais plus libre, mais dictée par l'autorité[1409]. La sanction consistant en une divulgation forcée nous semble n'être plus vectrice de libre concurrence, mais d'une concurrence régulée au risque d'une atteinte irrémédiable aux libertés économiques.

[1403] Voir *supra* n°274 et suivants

[1404] Par opposition à une divulgation à titre conservatoire

[1405] Sur l'appréciation du principe de proportionnalité, voir CJUE 29 juin 2010 Commission c/ Alrosa, aff 441/07, recueil 2010 I-05949, pts 39 et suivants : s'il est admis que des engagements volontaires d'un agent puisse aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser l'*infra*ction, il n'en va pas de même dans le cas d'une sanction prononcée par la Commission en tant qu'autorité de concurrence

[1406] S. Martin et F. Levilain, « L'application de la théorie des «facilités» essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz », Gaz. Pal. 24 octobre 2002 n° 297 - page 4 ; voir également M-A Frison-Roche, « Obligation de contracter : facilités essentielles », Revue des Contrats 1er avril 2006 - n° 2 - page 357, commentaire de Cass. com., 12 juill. 2005, et L. Idot, « Droits exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) » LPA 25 novembre 2005 n° 235 - page 5 citant la Commission dans son rapport sur la politique de concurrence en 1995 : « *Lorsqu'une entreprise dominante possède ou contrôle l'accès à une installation qui est essentielle pour permettre à ses concurrents d'exercer leurs activités, elle ne peut refuser l'accès à cette installation et doit le leur accorder sur une base non discriminatoire* »

[1407] M-A Frison-Roche, « Obligation de contracter : facilités essentielles », précité : Cela constitue en effet « *une voie de régulation de l'accès, au détriment de la liberté de ne pas contracter* »

[1408] L. Richer, « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », Dalloz 1999 p.523

[1409] Même si la jurisprudence communautaire admet que « l'intérêt supérieur de la concurrence peut justifier des restrictions aux droits de propriété et à la liberté contractuelle d'une entreprise dominante cf F. Marty et J. Pillot, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », précité

292. Les modalités de la divulgation forcée. Le principe de l'atteinte aux libertés économiques de l'entreprise en position dominante est acquis, mais son application est modulée suivant les conditions dans lesquelles la divulgation est imposée. Les autorités de concurrence ne précisent pas les modalités précises de la communication[1410]. Elles indiquent seulement qu'elle doit être non discriminatoire[1411]. Cet aspect n'est pas sans rappeler les modalités des licences FRAND imposées dans le cadre de brevets essentiels[1412] qui requièrent la concession de licences à des conditions équitables. Concrètement, le caractère non discriminatoire de la licence se traduit selon deux aspects distincts. Tout d'abord, concernant le choix des contractants : tous ceux qui en font la demande doivent avoir accès à l'information protégée. Ensuite, s'agissant des modalités d'accès : les conditions techniques et surtout financières ne doivent pas être un obstacle pour l'obtention de l'information protégée[1413] et doivent être identiques pour tous[1414]. La divulgation doit ainsi être effective.

293. Le prix de la divulgation forcée. Le prix de la divulgation est au cœur de la sanction. Sa détermination est particulièrement délicate, car non seulement elle met en balance des intérêts opposés, mais elle porte de surcroît sur la transmission d'une information. S'agissant des intérêts en présence, il convient de rappeler qu'il s'agit, d'une part, d'une entreprise en position dominante dont la légalité n'est pas mise en cause, et d'autre part, d'opérateurs concurrents. La situation de monopole du détenteur de l'information n'étant pas contestée, il pourrait être envisagé que l'information soit communiquée à un prix de monopole, c'est-à-dire un prix fixé librement par le monopoleur pour maximiser son profit[1415]. Ce n'est pourtant pas l'option choisie par la jurisprudence qui exige, à l'inverse, dans l'affaire Microsoft que la rémunération « raisonnable » demandée ne reflète pas la valeur stratégique dérivant du

[1410] J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA 19 mai 2005 n° 99 - page 67

[1411] Voir notamment Commission 24 mars 2004 Microsoft pts 1006 et suivants et Commission 21 décembre 1988 Magill, précités. La décision de la Commission 2002/165/CE du 3 juillet 2001dans l'affaire IMS Health avait prévu des modalités plus précises et particulièrement contraignantes (les redevances à acquitter pour ces licences devant être fixées d'un commun accord entre IMS et l'entreprise demandant la licence et en l'absence d'accord par un ou plusieurs experts indépendants)

[1412] Sur les licences FRAND : Fair, Reasonnable, and Non Discriminatory, voir *infra* n°436 et suivants ; voir également M. Ranouil, « La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie ! », cce n° 1, Janvier 2016, étude 1

[1413] Sur la distinction entre conception restrictive et conception extensive des conditions non-discriminatoires selon que le titulaire de la facilité essentielle est présent sur le marché de l'activité, voir G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°587 et suivants, p.365 et suivantes

[1414] Alors même que, ainsi que le retient Mme Maréchal citant Mme Benabou que « *la diversification des tarifs constitue une composante forte de l'économie de certains secteurs* » cf C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°501, p.396

[1415] G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°314, p.202

pouvoir de marché dont cette entreprise bénéficie[1416]. Pour autant, le montant de la licence exigée n'est pas défini, alors même qu'il est exigé une certaine prévisibilité à l'opérateur en position dominante à l'égard de ses concurrents[1417].

La détermination du prix de l'accès doit de surcroît prendre en considération les spécificités tenant au fait que la divulgation concerne une information. Les méthodes utilisées par les économistes pour élaborer le coût d'accès à une infrastructure essentielle ne peuvent être appliquées dans une telle hypothèse[1418]. A titre d'exemple, un prix déterminé selon une orientation par les coûts n'a pas de sens car l'entretien ou l'accès à l'information ne génère pas de coûts[1419]. De même, l'application d'une méthode consistant à prendre en compte le prix demandé par le passé ou pour un autre concurrent pour l'accès à l'information en cause[1420] n'est pas opportune, dès lors que l'information a pu être transmise « gratuitement » dans certaines circonstances[1421]. Cela reviendrait à ériger la gratuité de la divulgation comme principe. Or, il est nécessaire que le prix d'accès préserve la capacité d'innovation du titulaire de l'information protégée[1422].

294. Les conséquences de la divulgation forcée. Les conséquences de la divulgation imposée peuvent s'apprécier différemment selon l'origine des données dont la transmission a été contrainte. Lorsque les informations protégées résultent de monopoles historiques et n'ont pas fait l'objet d'investissements particuliers[1423], la divulgation imposée dans le cadre d'une sanction de comportements anticoncurrentiels paraît une contrepartie nécessaire à la pleine

[1416] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°500-501, p.395-396 visant Commission 24 mars 2004, Microsoft précité, pt 1008

[1417] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°500-501, p.395-396

[1418] L. Idot, « Droits exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) » LPA 25 novembre 2005 n° 235 - page 5

[1419] G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°614-615, p.381. Cette assertion pourrait toutefois être contestée en prenant en compte les mesures mises en œuvre pour conserver la confidentialité d'une information. Il n'en reste pas moins que même dans ce cas, la quantification exacte du coût de « l'entretien et de l'accès » d'une information est difficilement déterminable

[1420] G. Dezobry, « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », précité, n°614-615, p.381 : « *Le recours à une méthode proche de la concurrence comparative est également problématique. Si l'on avait appliqué cette méthode aux affaires Magill, IMS et Microsoft, cela aurait conduit à accorder l'accès aux informations sans aucune contrepartie financière. En effet, dans les trois cas, les informations jugées essentielles étaient ou avaient été mises à disposition gratuitement sur d'autres marchés ou sur le marché de l'activité concerné.* »

[1421] Voir à titre d'exemple le cas de Microsoft, décision de la Commission du 24 mars 2004 précité, pts 241

[1422] L. Idot, « Droits exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) », précité

[1423] cf J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA 19 mai 2005 n° 99 - page 67 : « *il ne faut pas récompenser les rentes qui ne seraient pas dues à l'innovation et à l'investissement mais uniquement au hasard, à un monopole égal ou simplement à des économies d'échelle pure*. », voir également I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », précité, p.852

mise en œuvre d'une concurrence saine[1424]. En revanche, lorsque l'information protégée est le résultat d'investissements créatifs, innovants ou commerciaux, la portée de la divulgation forcée se distingue par des répercussions notables sur l'innovation[1425]. A rebours du raisonnement économique[1426] qui conduit à envisager la récompense de l'innovation et des investissements par la mise en œuvre d'une rente et des situations de pouvoir de marché[1427], la divulgation imposée aboutit dans ce cas à l'expropriation de « *ceux qui ont eu le mérite de faire les investissements une fois que ceux-ci ont été menés* »[1428].

Le principe de licence obligatoire porte en lui un effet néfaste sur l'innovation[1429] car il induit une insécurité pour le titulaire de l'information protégée qui n'est pas certain de pouvoir rentabiliser ses investissements[1430]. Dès lors, si la divulgation forcée de l'information protégée peut accroître l'intensité concurrentielle à court terme[1431], l'application de la théorie des facilités essentielles fait planer sur les entreprises en position dominante une menace sur le maintien de leur monopole visant des informations essentielles[1432]. Cette épée de Damoclès[1433] pourrait *in fine* décourager l'initiative[1434] et engendrer une réduction des incitations à innover[1435]. La mise en œuvre de la théorie aboutit de surcroît à protéger les concurrents[1436] et non pas la concurrence, à l'inverse des objectifs du droit de la concurrence[1437], portant ainsi une atteinte définitive aux libertés économiques.

[1424] Voir *supra* n°274 et suivants, les hypothèses évoquées dans le cadre des mesures conservatoires, voir également F. Marty et J. Pillot, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », précité ainsi que J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA 19 mai 2005 n° 99 - page 67 : « *Le caractère d'infrastructure essentielle peut résulter d'un monopole légal (...) Dans cette hypothèse, on ne peut repérer aucun mérite (...). Alors, le profit de monopole n'a pas de raison d'être particulière*. »

[1425] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°546, p.436

[1426] Dans une vision schumpetérienne cf J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », précité

[1427] J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », précité ; voir également I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », p.1580

[1428] *Ibid.*.

[1429] T. Willard « Politique de la concurrence et droits de propriété intellectuelle », revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, avril 2001, vol 3.2, p.141

[1430] C. Maréchal, « Concurrence et Propriété intellectuelle », précité, n°499, p.394

[1431] «*en rabattant au moins partiellement les cartes dans le jeu concurrentiel* », en accroissant « *l'intensité de la compétition sur le marché au plus grand avantage des consommateurs* » et en renforçant « *la diffusion des connaissances dans l'économie* » cf F. Marty et J. Pillot, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », précité

[1432] V.-L. Bénabou, « Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire », éd. Bruylant 1997, n°356, p.209 : « *Poussée au paroxysme, cette théorie viderait les droits de propriété intellectuelle de leur attrait principal : le droit exclusif* »

[1433] La crainte de se voir obligé de mettre à disposition le résultat de ses investissements et perdre ainsi l'avantage concurrentiel légitimement acquis

[1434] L. Richer, « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », précité

[1435] F. Marty et J. Pillot « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision « voyagessncf.com » : une analyse économique », précité

[1436] Alors même que la fonction de cette théorie serait de « *protéger la concurrence et les consommateurs et non les intérêts particuliers d'un concurrent* » cf G. Decocq, « Regard sur le droit des abus de position dominante –

295. Conclusion du Chapitre. La divulgation de l'information protégée peut être imposée en réponse à une atteinte aux libertés économiques. Elle apparaît comme un remède préventif, curatif ou punitif à une atteinte potentielle ou réelle.

En amont d'un dommage potentiel aux libertés économiques, la divulgation de l'information protégée joue un rôle important à l'occasion des procédures de concentration. Elle est, tour à tour, encouragée devant l'autorité de concurrence afin que celle-ci puisse prendre une décision en pleine connaissance de cause, circonscrite à la nécessité de préserver les droits de la défense vis-à-vis des parties intéressées, et écartée à l'égard des tiers afin de préserver les activités d'enquête de l'autorité de concurrence et les intérêts commerciaux des opérateurs à l'origine de la concentration. La divulgation de l'information protégée intervient encore comme condition de l'autorisation de l'opération. Il peut en effet être requis des parties qu'elles s'engagent à communiquer des informations protégées, soit par le biais de licence ou de cession de droits de propriété intellectuelle, soit à travers une diffusion non exclusive des données. Ces engagements, bien que de nature à résoudre certains risques concurrentiels, comportent certaines limites tenant à la difficulté de surveillance et à l'incidence de comportement de tiers sur leur mise en œuvre. L'autorité de concurrence peut également procéder de manière inverse en demandant aux parties de ne pas divulguer certaines informations afin de préserver la concurrence. Le silence se fait alors engagement.

En aval d'un comportement suspecté d'être anticoncurrentiel, la divulgation de l'information protégée apparaît également comme une mesure apte à remédier à certains comportements. Elle peut être mise en œuvre pour corriger une situation source d'inquiétudes pour la libre concurrence ou pour sanctionner une atteinte réalisée. La divulgation curative de l'information protégée est imposée à l'occasion d'engagements pris devant une autorité de concurrence à la suite d'une évaluation préliminaire ayant identifié des préoccupations de concurrence. La souscription d'engagements, fondée sur la liberté contractuelle, assure théoriquement la préservation de la liberté d'entreprendre de la partie qui s'engage, au bénéfice de la libre concurrence. Il convient néanmoins de rester prudent face à une procédure qui impose une divulgation forcée lourde de conséquence et le cas échéant très contraignante, alors qu'aucune qualification anticoncurrentielle de la situation examinée n'est prononcée.

Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », AFEC, 2006, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_decocq.pdf

[1437] I. Lianos, « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », précité, p.850-851

La divulgation punitive de l'information protégée résulte d'une procédure contentieuse devant une autorité de concurrence. Elle peut être décidée à titre conservatoire ou définitif. Compte tenu de la particularité de l'information, les mesures conservatoires prévoyant une divulgation forcée devrait être évitée, ou réservée, à tout le moins, à des situations « de flagrance anticoncurrentielle ». Dans le cas d'une sanction définitive, il importe que l'exigence de divulgation réponde à des conditions précises afin d'éviter toute dérive qui aboutirait à priver le détenteur d'informations protégées d'un avantage concurrentiel légitimement acquis.

296. Conclusion du Titre. Les libertés économiques peuvent commander la divulgation d'une information protégée à un double titre. En premier lieu, elles dessinent le cadre dans lequel s'insère la communication contractuelle de données protégées à travers des conventions de recherche et développement ou de transfert de technologie. La liberté contractuelle fonde le principe même de la divulgation tandis que ses modalités doivent assurer la sauvegarde de la liberté d'entreprendre des parties ainsi que la libre concurrence. Les règlements d'exemption européens proposent à cet égard un ensemble de règles destinées à permettre une communication de l'information protégée en harmonie avec les libertés économiques. Sans bannir la possibilité d'une dissonance, qui devrait toutefois faire l'objet d'un examen individuel au titre de l'article 101 paragraphe 3 TFUE, les règlements d'exemption aboutissent à réguler la divulgation contractuelle de l'information protégée.

En second lieu, l'invocation des libertés économiques est de nature à justifier la divulgation de l'information protégée comme sanction d'un comportement anticoncurrentiel, réel ou potentiel. La préservation de la concurrence légitime qu'une autorité de concurrence impose la communication d'informations protégées à titre préventif à l'occasion de concentrations, à titre curatif à l'issue d'une évaluation préliminaire faisant apparaître des préoccupations de concurrence, ou à titre punitif en cas d'atteinte avérée. Il importe toutefois que cette divulgation forcée n'engendre pas de dommage disproportionné à la liberté d'entreprendre des opérateurs. Le choix d'imposer la communication d'informations protégées à des concurrents doit être analysé à l'aune de ses effets sur les libertés économiques. S'il est le signe d'une faveur accordée à court terme à une certaine pression concurrentielle, il porte en lui, à long terme, le risque d'une atteinte irrémédiable à l'innovation et aux libertés économiques.

297. Conclusion de la Partie. Suivant un mouvement de balancier, les libertés économiques se font, tour à tour, vecteur de secret ou de divulgation de l'information. La prise en

considération de chacune de ces libertés est susceptible d'influencer l'appréhension de l'information protégée et de la faire pencher vers la confidentialité ou vers une diffusion contrôlée. La liberté d'entreprendre soutient le choix de l'opérateur de vouloir garder secrètes certaines informations protégées afin de les exploiter exclusivement en propre ou de préférer les transmettre au sein d'une convention de partenariat. La liberté contractuelle vient au soutien de ce choix en offrant les outils nécessaires aux entreprises pour préserver la confidentialité des informations protégées dont l'exploitation est voulue secrète ou pour encadrer efficacement le transfert de celles qui ont vocation à favoriser le développement de la recherche appliquée. Dans les deux cas, les conditions dans lesquelles les informations protégées se font secrets d'affaires ou deviennent objet de contrats organisant leur divulgation, sont examinées sous le prisme de la libre concurrence. Une telle analyse aboutit le cas échéant à contraindre l'autonomie de la volonté des opérateurs dans un carcan destiné à sauvegarder la concurrence. Celle-ci constitue également le référentiel à l'égard duquel une communication forcée des informations protégées peut être envisagée pour apporter une réponse à une atteinte concurrentielle. Il en résulte des interactions permanentes entre les libertés économiques au regard de la divulgation de l'information protégée. Suivant un mouvement plus large, la réciproque se fait jour et la divulgation de l'information protégée affecte le contenu et la portée des libertés économiques.

SECONDE PARTIE

L'AFFECTATION DES LIBERTES ECONOMIQUES PAR LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE

298. Suivant le mouvement de balancier qui rythme cette étude, après avoir examiné comment les libertés économiques justifient la conservation du secret sur l'information protégée ou, à l'inverse, dictent les conditions de sa communication, il convient d'aborder les circonstances dans lesquelles lesdites libertés sont affectées par la divulgation de l'information protégée. Tour à tour force d'attraction ou de répulsion, cette dernière renforce ou entrave les libertés économiques.

En augmentant la transparence du marché, la divulgation de l'information protégée peut être constitutive de vice ou de vertu au regard du droit de la concurrence[1438]. Les échanges d'informations protégées emportent à cet égard des effets ambivalents sur les libertés économiques, alternativement facteur de leur affermissement ou de leur altération (**Titre 1**). Au-delà des échanges réciproques d'informations protégées, la divulgation en elle-même est également susceptible de stimuler les libertés économiques (**Titre 2**), jouant successivement le rôle de catalyseur dans le développement des libertés économiques, puis celui de réformateur dans leur appréciation.

[1438] M. Béhar-Touchais, « Vice et vertu de la transparence », rlc octobre-décembre 2007, n°13, Cycle de conférences de la Cour de cassation « Transparence et concurrence », jeudi 29 mars 2007, n°954, p.164 : « *D'un côté, la théorie économique nous enseigne que l'une des conditions d'optimalité des marchés dans un cadre de concurrence parfaite résiderait précisément dans l'information parfaite des agents économiques. La transparence aurait donc une vertu d'efficience économique, permettant à un opérateur de mesurer l'utilité marginale qu'il peut retirer de tel contrat plutôt que de tel autre.* »
Mais d'un autre côté, la transparence est un obstacle au bon fonctionnement du marché, quand elle diminue du point de vue des opérateurs l'incertitude inhérente au libre jeu de l'offre et de la demande, avec le risque qu'elle incite finalement les opérateurs à coordonner leurs comportements. »

Titre I - L'ambivalence des effets de l'échange d'informations protégées sur les libertés économiques

Titre II - La stimulation des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée

TITRE I

L'AMBIVALENCE DES EFFETS DE L'ECHANGE D'INFORMATIONS PROTEGEES SUR LES LIBERTES ECONOMIQUES

299. Il est constant que « *l'échange d'informations constitue un enjeu contemporain du droit de la concurrence* »[1439]. Cela se traduit par une information au cœur des besoins des agents économiques[1440] : les entreprises sont naturellement avides de connaissances sur les conditions du marché et la communication entre opérateurs économiques se révèle nécessaire[1441]. Cette exigence fonde notamment l'existence des syndicats professionnels[1442].

Constituant un facteur de concurrence important[1443], l'échange d'informations est rarement neutre. Il emporte, à l'inverse, de nombreuses conséquences sur les comportements des destinataires de l'information transmise. C'est pourquoi les autorités de concurrence observent avec prudence, parfois même avec défiance, les échanges d'informations. Cette méfiance est toutefois intimement liée au contexte de l'échange d'informations protégées. Conformément aux oscillations du mouvement de balancier permanent entre soutien et altération des libertés économiques, la Commission rappelle que les échanges d'informations peuvent être pro-concurrentiels[1444] : ils sont alors au service des libertés économiques (**Chapitre 1**). Il n'en va pas toujours de la sorte et les échanges d'informations protégées sont également susceptibles de porter atteinte aux libertés économiques (**Chapitre 2**).

[1439] E. Sabathié, « L'échange d'informations confidentielles entre oligopoleurs : une entente prohibée par la Cour d'appel de Paris », D. 2007 p.198

[1440] Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, Droit du marché : PUF, coll. Thémis, 2002, p.272

[1441] E. Claudel, « Oligopole et échanges d'informations : et revoilà l'affaire de la téléphonie mobile ! », RTD Com. 2010 p.75

[1442] F. Venayre, « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », rlc février-avril 2005 n°2, Etude-Perspectives p.122 n°178

[1443] P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », ccc n°5, mai 2006, Etude n°6 p. 5 ; voir également M-A. Afchain, « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », JcpE n° 9, 1er Mars 2007, 1278

[1444] Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01 du 14 janvier 2011, point 57 : « *L'échange d'informations constitue une caractéristique commune de nombreux marchés concurrentiels et peut générer divers types de gains d'efficacité.* »

Chapitre 1 L'échange d'informations protégées au service des libertés économiques

Chapitre 2 L'échange d'informations protégées au préjudice des libertés économiques

CHAPITRE 1
L'ECHANGE D'INFORMATIONS PROTEGEES AU SERVICE DES LIBERTES ECONOMIQUES

300. L'échange d'informations protégées, apprécié en tant que tel, cristallise la difficulté à faire appréhender par le droit de la concurrence des pratiques inhérentes à la volonté des opérateurs économiques d'agir sur le marché. Il est impossible pour les entreprises de faire abstraction de leur environnement. Elles doivent au contraire s'adapter sans cesse aux évolutions du marché ainsi qu'aux autres opérateurs présents.

Ce phénomène d'ajustement systématique passe par la recherche d'informations relatives, non seulement au marché, mais encore aux autres agents présents sur ledit marché. Selon le contexte, l'échange d'informations en résultant, peut être perçue de manière bienveillante (**Section I**), voire nettement favorable par la concurrence (**Section II**).

Section I – La concurrence bienveillante à l'égard de l'échange d'informations protégées

301. Les échanges d'informations bénéficiant d'une appréciation bienveillante par le droit de la concurrence se caractérisent par leur faible importance (**§1**) : ces accords qualifiés d'importance mineure ou « *de minimis* » sont écartés d'un examen concurrentiel au motif d'une présomption d'absence d'impact sur la concurrence[1445]. Mais lorsque ces accords ont pour objet de restreindre la concurrence, l'indulgence des autorités de concurrence se mue en une analyse précise de la portée anticoncurrentielle de l'échange d'informations, peu important sa dimension réduite **(§2).**

[1445] Il existe un second argument qui permet d'écarter l'application du droit communautaire de la concurrence aux échanges d'informations : il s'agit de la non affectation du commerce entre Etats membres. Nous n'aborderons pas cette question ici dans la mesure où dans de telles hypothèses le droit français de la concurrence prend le relais du droit communautaire de la concurrence par un examen des échanges d'informations susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence

§1. Une bienveillance dictée par l'importance mineure de l'échange d'informations protégées

302. Définition d'un accord d'importance mineure. Inspirée du droit allemand[1446], l'idée que les accords n'ayant pas d'effet suffisamment sensible sur la concurrence ne « méritent » pas d'être examinés procède d'un certain pragmatisme : il est inutile de consacrer des ressources à l'appréciation de pratiques dont l'effet sur la concurrence est si faible qu'il peut être considéré comme inexistant[1447]. Corrélativement, selon les termes du Conseil de la concurrence repris dans son rapport annuel pour l'année 2003, « *seuls un dysfonctionnement sérieux de la concurrence, une affectation non insignifiante de la concurrence, justifient l'intervention des autorités de concurrence, afin de leur permettre de se concentrer sur les atteintes les plus graves* »[1448]. S'agissant des échanges d'informations, cela signifie qu'il n'est pas opportun de les examiner en détails s'ils n'ont qu'un effet minime sur la concurrence. Une difficulté apparaît toutefois dès l'énoncé de ce postulat concernant les critères d'évaluation du faible effet de l'échange d'informations sur la concurrence. Précisément, quels éléments doivent être pris en compte pour définir la frontière entre les accords *de minimis* et les autres ?

303. Qualification originaire du seuil de sensibilité au niveau européen. La consécration précoce du précepte par la jurisprudence européenne[1449] et par une communication de la

---

[1446] L. Idot, « Adoption par la Commission d'une nouvelle communication sur les accords *de minimis* », Revue des contrats 1er décembre 2014, n°4

[1447] Voir G. de Muizon, « réflexions économiques sur l'intérêt et l'efficacité des règles *de minimis* », *in* J. Vogel, E. Pfister, G. de Muizon « Accords de minimis : Faut-il les sanctionner ? », février 2013, Revue Concurrences N° 1-2013, Art. N° 50246, www.concurrences.com

[1448] Cons. Conc. Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? », p.64

[1449] Voir Commission européenne 17 juillet 1968, IV/ 129 - S.O.C.E.M.A.S (68/318/CEE), JOCE 12 août 1968, L 201 /4 ; Commission européenne 5 mai 1969, IV/242 – 295 – Convention chaufourniers (69/ 152/ CEE), JOCE 22 mai 1969, L 122/8, solution consacrée par l'arrêt de principe CJCE 9 juillet 1969, aff C-5-69, Franz Völk c/ S.P.R.L. Éts J. Vervaecke, question préjudicielle posée par l'Oberlandesgericht de Munich à laquelle la Cour répond aux points 5 à 7 de la décision : « 5. *attendu que, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, l'accord doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États ;*
6. que, pour le surplus, la prohibition de l'article 85, paragraphe 1, ne peut s'appliquer qu'à la condition que l'accord en cause ait, en outre, pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le Marché commun ;
7. que ***ces conditions doivent être entendues par référence au cadre réel où se place l'accord*** *; que, des lors,* ***un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause****; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1* » (nous soulignons)

Commission dès l'année 1970[1450] s'est accompagnée d'une évolution notable de la détermination du « seuil de sensibilité » proprement dit, c'est-à-dire de la limite à partir de laquelle l'effet sur la concurrence d'un accord doit être pris en compte par les autorités de concurrence. Les premières communications de la Commission[1451] mettait l'accent sur la nécessaire coopération entre entreprises et s'efforçaient de définir le seuil de sensibilité en deçà duquel les accords entre entreprises n'affectent que « *d'une manière insignifiante le commerce entre États membres et la concurrence* ». Cet effort de caractérisation de seuils se trouvait toutefois limité par un périmètre fluctuant selon les cas d'espèce. La Commission énonçait comme principe que : « *Seuls sont interdits les accords qui ont des effets sensibles sur les conditions du marché, en d'autres termes, qui modifient de façon sensible la position sur le marché des entreprises étrangères aux accords et des utilisateurs, c'est-à-dire leurs débouchés et leurs sources d'approvisionnement* »[1452]. Le seuil de sensibilité s'appréciait au regard des effets de l'accord sur les consommateurs et sur les opérateurs économiques tiers à l'accord, et non pas sur les parties à l'accord. Des difficultés d'appréciation et de preuve résultaient de cette appréciation faite uniquement à l'égard des tiers. La Commission poursuivait en indiquant que « *la définition d'ordre quantitatif du caractère sensible, donnée par la Commission, n'a cependant pas une valeur absolue* ».[1453] Pratiquement, le double seuil proposé[1454] en « volume d'affaire » et en « chiffre d'affaires » était susceptible d'être remis en cause selon les cas d'espèce, la Commission admettant elle-même que des accords dépassant les seuils fixés pouvaient n'affecter le commerce entre Etats membres et la concurrence que dans une mesure insignifiante et donc ne pas tomber sous le coup de l'interdiction des

[1450] Communication de la Commission, du 27 mai 1970, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C64/01 du 2 juin 1970

[1451] Communication de la Commission, du 27 mai 1970, précitée : « *La Commission considère, comme elle l'a déjà indiqué à différentes occasions, qu'il est important de promouvoir la coopération entre les entreprises dans la mesure où elle est économiquement souhaitable et ne soulève pas d'objection au regard de la politique de concurrence* » ; Communication de la Commission, du 19 décembre 1977, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C313/03 du 29 décembre 1977 ; Communication de la Commission du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C231/2 du 12 septembre 1986

[1452] Communication de la Commission, du 27 mai 1970, précitée

[1453] *Ibid.*.

[1454] Communication de la Commission, du 27 mai 1970, précitée : « *— lorsque les produits concernés par l'accord ne représentent, dans la partie du marché commun où l'accord produit son effet, pas plus de 5 % du volume d'affaires réalisé avec les produits identiques ou considérés comme similaires par l'utilisateur en raison de leurs propriétés, de leur prix ou de leur usage et*

— lorsque le chiffre d'affaires annuel total, réalisé par les entreprises qui participent à l'accord, ne dépasse pas 15 millions d'unités de compte ou, s'agissant d'accords entre entreprises commerciales, 20 millions d'unités de compte. »

ententes[1455]. Une telle précision s'avérait indispensable dans la mesure où les seuils définis en volume d'affaires ou en chiffre d'affaire ne permettaient pas une appréciation adaptée à chaque type de marché[1456]. Ils ne pouvaient qu'être indicatifs.

304. Qualification actuelle du seuil de sensibilité au niveau européen. Le seuil fixé en chiffre d'affaires s'avérant impropre à rendre compte de la situation des opérateurs sur des marchés très différents, le seuil de sensibilité a été précisé dans les Communications postérieures de la Commission pour aboutir à partir de 1997[1457] à une définition fondée sur la seule quantification des parts de marché. Celles-ci permettent d'apprécier le pouvoir de marché de l'entreprise préalablement à l'examen d'une restriction de concurrence[1458] selon une approche économique « plus réaliste »[1459]. Les niveaux de seuils ont évolué avec la communication de la Commission en 2001[1460] mais n'ont pas en revanche été modifié par la

[1455] Communication de la Commission, du 27 mai 1970, précitée : « *il est tout à fait possible que, dans des cas d'espèce, les accords conclus par des entreprises qui dépassent les seuils indiqués plus loin n'affectent le commerce entre États membres et la concurrence que dans une mesure insignifiante et par voie de conséquence ne tombent pas sous les dispositions de l'article 85 paragraphe 1.* »

[1456] E. Pfister, « La communication *de minimis* : un point de vue de l'Autorité de la concurrence », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords *de minimis* : « *Un seuil de chiffre d'affaires trop élevé conduirait à ne plus engager de poursuites à l'encontre d'accords mis en oeuvre par des entreprises détenant des parts de marché élevées sur des marchés étroits, du fait d'une segmentation géographique fine par exemple. À l'inverse, un seuil de chiffre (trop) bas conduirait une autorité de concurrence à engager des investigations sur des marchés sur lesquels les parties en cause ne détiennent qu'une part de marché limitée*. »

[1457] Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne, JOCE C372/13 du 9 décembre 1997, pt 9 : « *La Commission considère que les accords entre entreprise de production ou de distribution de produits ou de prestation de services ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'article 85 paragraphe 1 lorsque les parts de marché détenues par l'ensemble des entreprises participantes ne dépassent, sur aucun des marchés concernés :*

a) le seuil de 5%, lorsque que l'accord est passé entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation (accord « horizontal ») ;

b) le seuil de 10%, lorsque que l'accord est passé entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie (accord « vertical »).

En cas d'accord mixte horizontal et vertical ou de difficulté pour classer l'accord comme horizontal ou vertical, le seuil de 5% est d'application. »

[1458] L.Idot, « Chronique de droit communautaire de la concurrence, 1er juillet 1997 - 31 décembre 1998 », RTD Eur. 1999 p.111

[1459] J.-B. Blaise, « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 2000 - 2001 », RTD Eur. 2002 p.339, pt 174

[1460] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (1) (2001/C 368/07) du 22 décembre 2001, point 2 :

« *la Commission quantifie au moyen de seuils de part de marché, ce qui ne constitue pas une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81 du traité. » (...)*

Point 7. : « *La Commission considère que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité :*

a) si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés (accords entre concurrents), ou

communication de 2014[1461]. Si l'accord est conclu entre sociétés concurrentes, la part de marché cumulée détenue par les parties ne doit pas excéder 10% ; si les sociétés ne sont pas concurrentes, la Commission fixe un seuil légèrement supérieur en admettant que les accords entre des parties dont la part de marché pour chacune d'elles ne dépasse pas 15% ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 101 paragraphe 1 TFUE. En cas d'effet cumulatif, les seuils sont abaissés à 5%[1462], que les entreprises soient concurrentes ou non. La Commission conserve toutefois une certaine souplesse dans cette méthode d'appréciation en prenant en considération la possibilité pour des entreprises dépassant les seuils de conclure des accords ne restreignant pas sensiblement la concurrence[1463]. Il en résulte un seuil chiffré de sensibilité, mais qui n'est qu'indicatif.

Le choix d'une appréciation en parts de marché ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs estiment ainsi que les seuils exprimés en chiffre d'affaires constituent une mesure plus « *fiable* », « *facilement calculable* » et « *bénéficiant davantage aux PME, dont on peut penser qu'elles sont moins armées pour évaluer la compatibilité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence* »[1464]. Cela reviendrait à la pratique originelle, pourtant écartée par la Commission afin de mesurer plus exactement l'importance des accords examinés. Plutôt que de privilégier un critère unique, parts de marché ou chiffres d'affaires, il pourrait être envisagé d'introduire plusieurs facteurs d'appréciation, tenant à la structure et aux caractéristiques du marché ainsi qu'aux « *paramètres intrinsèques à l'entreprise*

---

b) si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés (accords entre non concurrents).
Dans les cas où il est difficile de déterminer s'il s'agit d'un accord entre concurrents ou d'un accord entre non concurrents, c'est le seuil de 10 % qui s'applique.»
Il convient également de souligner que cette communication s'appliquait pour la première fois uniquement à l'appréciation de la restriction de concurrence et non plus également à celle de l'affectation des Etats-membres comme c'était le cas précédemment cf L. Idot, « Seuil de sensibilité », Europe n° 8-9, Août 2014, comm. 339

[1461] Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis), JOUE C 291/01 du 30 août 2014, pt 8

[1462] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure du 22 décembre 2001, précitée, pt 8 ; Communication concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, pt 10

[1463] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, précitée du 22 décembre 2001, pt 2 : « *Cette définition par défaut du caractère sensible ne signifie pas que les accords conclus entre des entreprises dépassant les seuils indiqués dans la présente communication restreignent sensiblement le jeu de la concurrence. Il est tout à fait possible que de tels accords n'aient d'effet sur la concurrence que dans une mesure insignifiante et, par voie de conséquence, ne soient pas interdits par l'article 81, paragraphe 1, du traité*.»

[1464] G. de Muizon, « Réflexions économiques sur l'intérêt et l'efficacité des règles *de minimis* », précité ; voir également J.-B. Blaise, « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 2000 - 2001 », précité, pt 174

considérée »[1465]. C'est d'ailleurs ainsi que le Conseil de la concurrence l'envisageait dans son rapport annuel pour l'année 2003 en faisant prévaloir une appréciation dépendante des « *circonstances de chaque espèce, de la nature de la pratique et des produits concernés* »[1466]. Si cette proposition permet une analyse plus complète de la situation des opérateurs en présence, elle se heurte à notre sens à deux limites : la première tient à l'objectif même de la mise en œuvre du seuil de sensibilité qui est d'éviter un examen exhaustif de ces accords, tandis que la seconde concerne l'accroissement de l'insécurité juridique liée à la multiplication des critères devant être pris en considération pour déterminer si un accord est ou non d'importance mineure. En conséquence, bien que cette évaluation ne soit pas pleinement satisfaisante en ce qu'elle ne permet pas un reflet exact de la situation des entreprises, il nous semble préférable de prendre comme seule référence un seuil de sensibilité en parts de marché donnant une indication réaliste du rayonnement des agents économiques parties à l'accord.

305. Définition du marché et calcul des parts de marché. Le calcul des parts de marché nécessite au préalable la caractérisation du marché, ce qui peut paraître contre-productif dans la mesure où la qualification d'accord d'importance mineure a pour but d'éviter des coûts de recherche inutiles pour de « petits » accords[1467]. La Commission rappelle toutefois que, pour qu'un « *échange d'informations soit susceptible de restreindre la concurrence, les entreprises prenant part à l'échange d'informations doivent couvrir une part suffisamment importante du marché en cause*. »[1468] A défaut, les entreprises non parties à l'accord pourraient limiter les agissements anticoncurrentiels, en proposant notamment des prix inférieurs aux prix coordonnés. Il est donc indispensable de qualifier précisément le marché concerné. Or, la définition du marché en cause peut s'avérer longue et complexe. Pour guider la délimitation du marché, la Commission recommande de se référer à sa Communication sur la définition du

[1465] M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligation*s, éd. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, février 2004, n°641

[1466] Cons. Conc. Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? », précité

[1467] G. de Muizon, « Réflexions économiques sur l'intérêt et l'efficacité des règles *de minimis* », précité : « *En l'absence d'une délimitation fiable et prévisible des marchés pertinents, l'adoption d'un seuil de part de marché comme règle de minimis n'améliore finalement guère la sécurité juridique. S'il est nécessaire de mener au préalable une analyse économique approfondie permettant de délimiter rigoureusement le marché pertinent, on perd une grande partie de l'intérêt d'une règle de minimis qui résidait précisément dans la définition d'un seuil permettant d'éviter de consacrer des ressources à l'examen de situations peu susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels significatifs*. »

[1468] Lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011, précitées, point 87

marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence[1469]. Les préconisations évoquées dans cette communication sont toutefois soumises aux circonstances de chaque espèce et ne constituent pas un socle immuable auquel pourraient se fier les agents économiques de manière absolue.

La détermination des parts de marchés des entreprises, déjà délicate, ne constituent pas une limite certaine. La Commission précise expressément qu'il s'agit d'une « *définition par défaut* »[1470] signifiant que des accords conclus entre entreprises dépassant les seuils indiqués n'emportent pas systématiquement de restriction sensible sur la concurrence[1471]. Inversement, certaines circonstances tenant à l'objet anticoncurrentiel de l'accord, excluent le recours au seuil de sensibilité[1472]. L'application pratique de la communication *de minimis* n'apparaît donc pas toujours d'une mise en œuvre aisée. Cette difficulté a encore été renforcée en droit interne par une application fluctuante du principe[1473]. Cela nous paraît regrettable compte tenu de l'intérêt réel de l'application du seuil de sensibilité, notamment en créant une zone de sécurité[1474] pour les accords qui ne sont pas couverts par un règlement d'exemption ou qui contiennent des restrictions exclues[1475]. En tout état de cause, le principe est posé selon lequel les échanges d'informations protégées effectués entre opérateurs dont les seuils de parts de marché respectent les limites édictées pour les accords d'importance mineure échappent à un examen au regard du droit de la concurrence[1476].

306. Les accords d'importance mineure en droit français. S'agissant du droit interne de la concurrence[1477], l'admission de la règle *de minimis* a été pour le moins tourmentée[1478]. Les

[1469] Communication de la Commission concernant les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07), JO C101 du 27 avril 2004, points 44 à 57

[1470] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis) (2014/C 291/01), JOUE 30 août 2014, C291/01, pt 3

[1471] *Ibid.*.

[1472] Voir *infra*

[1473] Voir *infra*

[1474] L. Idot, « Adoption par la Commission d'une nouvelle communication sur les accords *de minimis* », précité, voir également la Communication concernant les accords d'importance mineure (2014/C 291/01) du 30 août 2014, point 14

[1475] Voir Partie I – Titre 2 – Chapitre 1

[1476] Sauf restrictions flagrantes, voir *infra*

[1477] J. Vogel, « Peut-on échapper au droit de la concurrence grâce à la règle *de minimis* ? », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords *de minimis* : « *La réception par le droit français de la théorie de la sensibilité s'est effectuée plus difficilement qu'en droit européen, ou en tout cas avec des divergences d'approche entre autorités et juridictions chargées d'appliquer la prohibition des ententes*. »

tergiversations dont elle a été l'objet concernent autant les juridictions judiciaires, que l'autorité administrative en charge des questions de concurrence ou même la loi consacrant le principe.

307. Le seuil de sensibilité admis par les juridictions. La Cour de cassation a admis sans ambiguïté le principe d'un seuil de sensibilité dans une décision du 4 mai 1993[1479], en se référant au droit européen. Elle estime que « *l'accord dénoncé [n'avait] qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouv[ait] porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence* ». En l'absence d'une définition légale ou réglementaire d'un tel seuil, la Cour estime qu'il appartient aux juridictions saisies de vérifier si « *l'effet potentiel ou avéré des pratiques incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné* »[1480]. En d'autres termes, l'application du seuil de sensibilité est une question de fait qu'il appartient à la juridiction du fond de trancher et sur laquelle elle n'exerce qu'un contrôle de motivation[1481]. La cour d'appel de Paris a en revanche longtemps tergiversé sur l'existence et la portée du seuil de sensibilité. Après avoir accepté la théorie[1482], elle a jugé que la sensibilité de l'effet de la pratique sur la concurrence était indifférente[1483] pour opter ensuite pour une « *voie médiane* »[1484] prenant en compte la sensibilité de l'atteinte au stade de la sanction[1485] puis, enfin, l'apprécier comme une condition d'application de la prohibition[1486].

[1478] E. Claudel, « Il appartient aux juridictions saisies de vérifier si l'effet potentiel ou avéré des pratiques anticoncurrentielles incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché considéré », Dalloz 1999 p.24

[1479] Cass Com 4 mai 1993, Rocamat, pourvoi n°91-17937, Bull Civ IV n°172 p.120 ; Y. Serra, « Une entente ne tombe sous le coup d'une prohibition que si son impact sur la concurrence du marché considéré n'est pas négligeable ou de faible importance. L'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence au regard de la réglementation des ententes », Dalloz 1994 p.220

[1480] Cass Com 12 janvier 1999, Zannier, pourvoi n° 97-13.125, « Pouvoir des juridictions de déterminer le seuil de sensibilité d'un marché de référence », Dalloz 1999 p.37

[1481] Cons. Conc. Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? », précité

[1482] CA Paris 1ère chambre 5 mai 1988, Total France SA et SA Esso, JcpE 1988 I 17475

[1483] CA Paris, 7 juill. 1994, Sté Odoncia, BOCCRF 29 juillet 1994, p. 303

[1484] E. Claudel, « Il appartient aux juridictions saisies de vérifier si l'effet potentiel ou avéré des pratiques anticoncurrentielles incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché considéré », précité

[1485] CA Paris 7 juillet 1995, IFAA et CA Paris 7 juillet 1995 CNIPT, Dalloz 1996, somm. P.176, obs. Ch. Gavalda et C. Lucas de Leyssac

[1486] CA Paris, 1re ch. H, 8 septembre 1998 ; Sté ADECCO (anciennement ECCO) et a., n°Juris-Data n° 022332, JcpE n° 44, 29 Octobre 1998, p. 1716 – Panorama rapide ; CA Paris, 1re ch. H, 22 septembre 1998 ; SA Seralu et SA Miroiterie Jacques Raynaud n°Juris-Data n° 022164, JcpE n° 43, 22 Octobre 1998, p. 1667 – Panorama rapide ; Voir également M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », éd. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, février 2004, n°146

308. Le seuil de sensibilité vu par l'autorité administrative en charge de la concurrence. L'admission d'un seuil en dessous duquel, les pratiques contestées ne « méritent » pas d'être examinés est ancienne. La Commission technique des ententes suivait ce raisonnement dès 1973[1487]. La Commission de la concurrence qui lui a succédé avait également adopté ce principe et réservait son action aux atteintes suffisamment « *sensible[s] pour affecter ou pouvoir affecter – tant soit peu mais réellement – le jeu de la concurrence* »[1488]. Le Conseil de la concurrence a, dans un premier temps, pris une position inverse en faisant valoir l'absence de fondement textuel[1489] à la mise en œuvre du seuil de sensibilité justifiant son indifférence et affirmant le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques par nature[1490], indépendamment de leur importance[1491]. En 1997[1492], le Conseil de la concurrence adhère finalement à la notion d'« effet sensible » en érigeant la condition de sensibilité au rang d' « *élément de qualification des pratiques* »[1493], nécessitant donc de « *démontrer les effets concrets, avérés ou potentiels, des pratiques en cause* »[1494]. En pratique, le Conseil fait une application parcimonieuse du moyen pris de l'absence d'effet sensible[1495], le limitant notamment à des « *pratiques ponctuelles ou limitées dans le temps, ou une atteinte portée à une seule entreprise dans une structure de marché où les offres sont nombreuses* »[1496]. Il

[1487] Rapport pour l'année 1973 de la Commission technique des ententes (JO doc. adm., 19 juillet 1974, p. 2605) : « *il y a un seuil au-dessous duquel la Commission estime que le fait critiquable ne constitue même pas une infraction* », cité par Y. Serra, « Une entente ne tombe sous le coup d'une prohibition que si son impact sur la concurrence du marché considéré n'est pas négligeable ou de faible importance. L'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence au regard de la réglementation des ententes », Dalloz 1994 p.220

[1488] Rapport pour l'année 1981 de la Commission de la concurrence, p.26, cité par M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité, n°146

[1489] M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité, n°144

[1490] E. Claudel, « Il appartient aux juridictions saisies de vérifier si l'effet potentiel ou avéré des pratiques anticoncurrentielles incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché considéré », précité

[1491] Décision n° 95-D-62 du 26 septembre 1995 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des consoles et des logiciels de jeux vidéo électroniques : « *la circonstance que les quantités distribuées par l'intermédiaire de la société Innelec ou de la société Guillemot International n'auraient représenté que 10 à 15 p. 100 des produits importés par la société Virgin Loisirs est sans portée dès lors qu'il est établi que l'entente avait pour objet et a pu avoir pour effet d'harmoniser les prix de ventes aux détaillants pratiqués par les sociétés Innelec et Guillemot International avec ceux pratiqués par la société Virgin Loisirs* ».

[1492] Cons. Conc. Rapport pour l'année 1997, p.42, dispoible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000550.pdf

[1493] *Ibid.*.

[1494] *Ibid.*.

[1495] Voir à titre d'exemple: Cons. Conc. Décision n° 04-D-63 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des activités annexes des stations-service pt 32 : « *compte tenu de la faible part de marché représentée par les distributeurs de boissons des sociétés SAFAA et Zanussi équipant les stations-service Elf et Shell sur le marché de la mise à disposition de distributeurs automatiques, bien inférieure à 1 %, les conditions d'affectation sensible de la concurrence, au sens des articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du code de commerce ne sont pas réunies* ». ; M. Malaurie-Vignal, « La théorie du seuil de sensibilité est écartée en présence de restrictions flagrantes de concurrence », ccc n° 3, Mars 2005, comm. 47

[1496] Cons. Conc. Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? », précité

affirme, à l'inverse, avec force et constance que certaines pratiques d'une particulière gravité doivent être sanctionnées indépendamment de tout effet[1497].

309. Le seuil de sensibilité consacré par la loi. L'introduction législative du seuil de sensibilité a été tardive. Tandis que l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'y faisait aucunement référence[1498], la disposition y afférente dans la loi NRE a finalement été écartée[1499]. C'est finalement par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises[1500] que le seuil de sensibilité a finalement reçu sa consécration législative. L'ordonnance crée un nouvel article L.464-6-1 au sein du code de commerce disposant que : « *le Conseil de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L.646-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L.420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes partes à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas* » certains seuils déterminés. L'autorité de concurrence peut ainsi décider de renoncer aux

[1497] Voir notamment Aut. Conc. Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des farines alimentaires :
« *431. Il y a lieu, tout d'abord, de souligner que l'objectif essentiel du droit de la concurrence consiste à ce que tout opérateur économique détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché (arrêts de la Cour de justice du 14 juillet 1981, Züchner, 172/80, Rec. p. 2021, point 13, et du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, point 32)*
432. Dans le cas d'accords se manifestant lors de réunions d'entreprises concurrentes, une infraction aux règles de la concurrence est constituée lorsque ces réunions ont pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence et visent ainsi à organiser artificiellement le fonctionnement du marché (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 145).
434. Par ailleurs, l'accord ou l'arrangement entre concurrents qui a pour objet de réserver un territoire national aux seuls producteurs de cet Etat, en particulier dans l'hypothèse où des producteurs étrangers s'engagent à ne pas pénétrer ce territoire ou à limiter sensiblement leurs exportations de biens ou de services à destination de ce dernier, constitue une entente interdite par son objet même au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE (voir, en ce sens, l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2011, Hitachi e.a./Commission, T-112/07, non encore publié, points 271 et 272 ; voir aussi, par analogie, l'arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services/Commission, précité, point 61 et jurisprudence citée). (...)
436. Ce faisant, elles ont institué un pacte de non-agression mutuelle entre elles, dont l'objet même consistait à substituer au libre jeu de la concurrence un accord visant à limiter l'accès réciproque à leurs marchés nationaux respectifs et à maîtriser les exportations franco-allemandes de farine en sachets en les maintenant à un niveau déterminé par avance (15 000 tonnes). De plus, de manière plus ponctuelle, elles ont réparti certains clients présents sur le territoire français ou s'approvisionnant par le biais d'appels d'offres à l'échelon européen et ont convenu de principes de lissage des prix de la farine en sachets importée en France, aux fins de s'assurer du respect du quota convenu.
439. Il en résulte que l'accord conclu entre les meuniers français et allemands constitue une entente ayant un objet anticoncurrentiel au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. »
[1498] Y. Serra, « Une entente ne tombe sous le coup d'une prohibition que si son impact sur la concurrence du marché considéré n'est pas négligeable ou de faible importance. L'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence au regard de la réglementation des ententes », Dalloz 1994 p.220
[1499] M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité, n°644 ; L. Arcelin-Lecuyer, « Droit de la concurrence », Presses Universitaires de Rennes, 2013
[1500] JO 27 mars 2004

poursuites lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas 10 % entre concurrents et 15% entre non-concurrents. Le code de commerce pose toutefois deux conditions à une telle démarche : il ne doit pas s'agir de contrats passés en application du code des marchés publics et l'accord en cause ne doit pas comporter l'une des restrictions caractérisées listées dans l'article L464-6-2[1501].

310. Divergences des vues européenne et française. La lettre des textes français et européens divergent légèrement engendrant des différences dans le calcul des seuils. Ainsi, l'article L.464-6-1 du code de commerce prévoit que la référence prise concerne le chiffre d'affaires cumulés des entreprises, qu'elles soient concurrentes ou non. A l'inverse, la Commission[1502] retient un seuil en parts de marchés cumulées uniquement dans le cas d'accord entre concurrents et vise un seuil en parts de marchés propres à chaque entreprise lorsque l'accord est conclu entre non-concurrents. Par ailleurs, certains auteurs[1503] signalent que l'article du code de commerce prend comme référentiel le seuil sur « *l'un des marché affecté* » tandis que la Commission précise que « *le seuil ne doit être franchi sur aucun des marchés affectés* ». Madame Malaurie-Vignal s'interroge sur le point de savoir si l'absence de poursuite concerne uniquement le marché où le seuil n'est pas dépassé ou si elle vaut pour l'ensemble des pratiques, quel que soit le marché affecté[1504] ? S'il paraît possible de dissocier l'appréciation des pratiques selon les marchés, il nous semble préférable d'interpréter l'article L.464-6-1 du code de commerce à la lumière de la communication de la Commission. Pour que le seuil de sensibilité s'applique aux pratiques litigieuses, pas un des marchés affectés ne

[1501] Article L464-6-2 du code de commerce :
« *Toutefois, les dispositions de l'article L. 464-6-1 ne s'appliquent pas aux accords et pratiques qui contiennent l'une quelconque des restrictions caractérisées de concurrence suivantes :*
a) Les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;
b) Les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ;
c) Les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;
d) Les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce. »
[1502] Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*) (2014/C 291/01) du 30 août 2014, pt 8
[1503] M. Malaurie-Vignal, «Le projet de simplification du droit intéresse le droit de la concurrence », ccc n° 5, Mai 2004, comm. 79 ; L. Arcelin-Lecuyer, « Droit de la concurrence », précité, n°123, p.114-115
[1504] M. Malaurie-Vignal, «Le projet de simplification du droit intéresse le droit de la concurrence », ccc n° 5, Mai 2004, comm. 79

doit connaître une part de marché supérieure à celle mentionnée par la réglementation. A défaut d'une telle interprétation, les mêmes agissements pourraient être sanctionnés sur un marché et non sur un autre. Cette solution « d'appréciation globale » préserve non seulement la cohérence de la théorie mais s'accompagne d'une lisibilité et d'une prévisibilité supérieure, essentielles pour les opérateurs. De la même manière, le droit européen doit à notre sens guider l'application du droit interne qui ne retient pas expressément l'effet cumulatif. A cette interprétation pourrait être opposée que la communication de la Commission précise expressément être dénuée de force contraignante[1505]. Il est vrai que cette précision signifie que les autorités de concurrence nationales et juridictions internes ne sont pas liées par les seuils en parts de marché retenus par la Commission. Les propositions de celles-ci restent donc seulement indicatives, tandis que le principe de la règle *de minimis* en lui-même doit s'appliquer conformément au principe de primauté[1506]. Il n'en reste pas moins que dans un souci de sécurité juridique et de cohérence, il nous paraît souhaitable que les éventuelles nuances entre les textes interne et européen soient éclaircies au regard des enseignements européens.

La portée de la règle *de minimis* en droit français et en droit européen se distingue également. La Commission prévoit en effet qu'elle n'engagera pas de procédure, sur plainte ou d'office, concernant des pratiques émanant d'opérateurs dont les parts de marché seraient inférieures aux seuils visés par la communication[1507]. En d'autres termes, l'application du seuil de sensibilité a pour conséquence l'inexistence de la procédure. Lorsqu'une procédure est engagée malgré tout, la Commission n'inflige pas d'amende si les entreprises visées peuvent démontrer avoir estimé de bonne foi que leurs parts de marché ne dépassaient pas les seuils[1508]. Les autres types de sanction ne sont, en revanche, pas concernées par cette « exonération ». La loi française procède d'une autre logique. L'article L.464-6-1 du code de commerce introduit en effet une cause de non-lieu dans le cadre d'une procédure précédemment ouverte devant l'Autorité de la concurrence. Le droit français présente de surcroît la particularité d'offrir plus de flexibilité à l'Autorité de la concurrence en précisant

[1505] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, précitée, pt 5
[1506] M. Chagny, « www.sncf-voyages.com devant la cour d'appel de Paris », cce n° 7-8, Juillet 2010, comm. 73
[1507] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, précitée, pt 5
[1508] *Ibid.*.

qu'elle « peut » s'abstenir de poursuivre[1509], laissant ainsi les opérateurs économiques dans une certaine expectative défavorable à leur sécurité juridique. Parallèlement à cette souplesse, le code de commerce se fait plus rigide que la communication européenne, en excluant l'application du seuil de sensibilité pour les contrats issus de marchés publics, exception qui n'apparaît pas au niveau européen.

311. Accords d'importance mineure et libertés économiques. La prise en compte du caractère mineur de l'importance de certains accords reflète l'influence des libertés économiques dans l'appréciation concurrentielle des accords entre entreprises. Le Conseil de la concurrence a ainsi rappelé que « *la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle étant de principe, l'intervention des autorités de régulation des marchés a pu être considérée comme légitime seulement dans le cas où une atteinte sensible, avérée et potentielle au jeu de la concurrence est établie* »[1510]. En d'autres termes, à défaut d'une atteinte sensible à la concurrence, le respect de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre commande l'indifférence du droit de la concurrence vis-à-vis des accords d'importance mineure. Cela s'explique dans la mesure où le droit de la concurrence a pour objectif de répondre à une menace sur la pérennité du marché. En conséquence, il ne peut « *faire échec à la liberté contractuelle que si l'ordre public l'exige. Or, l'ordre public n'est pas menacé par des phénomènes minimes* »[1511].

Le seuil de sensibilité apparait comme un outil de restauration de la liberté contractuelle compromise par l'application du droit de la concurrence[1512] et cédant aux nécessités de préservation du bon fonctionnement du marché[1513]. La mise à l'écart des règles de concurrence si les parts de marché émanant des entreprises parties à l'accord litigieux sont inférieures aux seuils fixés, conduit à une vigueur nouvelle des mécanismes de droit commun[1514]. Parallèlement, l'admission du seuil de sensibilité renforce l'efficacité et le droit de la concurrence en lui-même, en ce que son action est ciblée sur les atteintes qui

[1509] E. Pfister, « La communication *de minimis* : un point de vue de l'Autorité de la concurrence », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords *de minimis*

[1510] Cons. Conc. Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? », précité ; voir également M.-Ch. Boutard-Labarde et G. Cavinet, Droit français de la concurrence, LGDJ 1994, p. 50

[1511] E. Claudel, « Il appartient aux juridictions saisies de vérifier si l'effet potentiel ou avéré des pratiques anticoncurrentielles incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché considéré », précité

[1512] *Ibid.*.

[1513] M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité, n°643

[1514] E. Claudel, « Il appartient aux juridictions saisies de vérifier si l'effet potentiel ou avéré des pratiques anticoncurrentielles incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché considéré », précité

« méritent » toute son attention[1515]. La qualification d'accord d'importance mineure permet de « *tracer une ligne de démarcation en deçà de laquelle le droit commun retrouve son empire et la volonté des parties est restaurée* »[1516]. Autrement dit, la règle *de minimis* est de nature à préserver l'autonomie de la volonté des parties à l'origine d'un échange d'informations protégées.

Les libertés économiques se trouvent ainsi affermies par les échanges d'informations protégées entre agents de taille restreinte. Lorsque les entreprises excèdent les seuils de part de marché définis par la Commission dans sa communication *de minimis*, leurs échanges d'informations doivent faire l'objet d'un examen approfondi au regard du droit de la concurrence et ne peuvent plus être considérés *ab initio* comme vecteur de concurrence. De surcroît, une limite générale tenant à l'insertion prohibée de restrictions caractérisées[1517], empêche l'accord, même d'importance mineure, de bénéficier de la zone de sécurité précédemment évoquée. L'indifférence du droit de la concurrence aux échanges entre entreprises aux faibles parts de marchés se mue en défiance dès que l'échange a un objet anticoncurrentiel.

§2. Une bienveillance limitée par l'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations protégées

312. Objet anticoncurrentiel et restrictions caractérisées. L'objet d'un accord se définit comme « *l'aptitude à envisager les conséquences, recherchées ou induites, des actes commis* »[1518]. En conséquence, les pratiques ayant un objet anticoncurrentiel recouvrent celles ayant intentionnellement pour objectif une atteinte à la concurrence ainsi que celles pour lesquelles les opérateurs auraient dû être conscients des effets néfastes prévisibles pour la concurrence[1519]. La preuve de l'intention de restreindre la concurrence n'est toutefois pas requise dans la démonstration de l'objet anticoncurrentiel de l'accord[1520].

[1515] *Ibid.*.

[1516] M. Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », précité, n°643

[1517] Liste présente dans l'article L464-6-2 du code de commerce en droit français de la concurrence et dans la communication de la Commission de 2001, modifiée en 2014 dans une optique plus large

[1518] M. Chagny JCl Concurrence – Consommation, Fasc. 540 : Ententes illicites - L. 420-1 du Code de commerce, 1er Janvier 2012, pt 44

[1519] *Ibid.*.

[1520] Aut. conc., déc. n° 10-D-28, 20 sept. 2010, Tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, pt 361 et 334 : "*Les intentions subjectives des parties peuvent être prise en compte à titre complémentaire, mais elles ne sauraient être déterminantes* », commenté par G. Decocq, « 384,9 millions d'euros d'amende pour 11 banques en raison de commissions interbancaires », ccc n°12, décembre 2010, comm. 278

313. En droit interne, le Conseil de la concurrence a toujours refusé de considérer comme un accord d'importance mineure, les pratiques comportant des restrictions flagrantes. A l'inverse, il estime[1521], suivant ainsi la Cour de cassation[1522], que l'effet sensible peut résulter de l'objet même des pratiques. L'article L.464-6-2 du code de commerce créé par l'ordonnance du 25 mars 2004 précise les cas dans lesquels le respect du seuil de sensibilité est indifférent à l'appréciation de la pratique examinée, compte tenu de sa gravité. Il s'agit des accords ayant « *pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients* »[1523], des « *restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux* »[1524], des « *restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective* »[1525] et des « *restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective* »[1526].

314. Dans sa communication de 1997[1527], la Commission énumère pour la première fois[1528] une liste de « clauses noires » de nature à écarter la mise en œuvre du seuil de sensibilité. Elle vise la fixation des prix, la limitation de la vente ou de la production et la répartition de marchés ou des sources d'approvisionnement pour les accords horizontaux, et pour les accords verticaux, la fixation de prix de revente et la protection territoriale. Les restrictions caractérisées excluant l'application de la règle *de minimis* sont précisées dans la

[1521] Cons. Conc. Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? », précité ; voir notamment la décision Cons. Conc. 31 mai 1994, 94-D-33: « *La circonstance que ces pratiques n'auraient pas eu d'effet sensible sur le jeu de la concurrence entre distributeurs est sans influence sur leur qualification au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance* » ; également Cons. conc., déc. n° 05-D-06, 23 févr. 2005, relative à la saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France, pt 15 : « *les pratiques alléguées sont des pratiques de prix de revente imposés qui, ainsi qu'il vient d'être dit, échappent à la règle de minimis et sont sanctionnables indépendamment de la part de marché du fournisseur* », commenté par C. Robin et V. Sélinsky, « Application de la règle de minimis », rlc mai-juillet 2005, Pratiques anticoncurrentielles - Actualités n° 192 p.23

[1522] Cass Com 21 mars 2000 Barreau de Quimper pourvoi n° 98-10183, inédit, et Cass Com 25 février 2003 Mutualité de Haute-Savoie, pourvoi n°00-17000, inédit

[1523] Article L.464-6-2 a) du code de commerce

[1524] Article L.464-6-2 b) du code de commerce

[1525] Article L.464-6-2 c) du code de commerce

[1526] Article L.464-6-2 d) du code de commerce

[1527] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, précitée du 9 décembre 1977, pt 11

[1528] Les communications antérieures de la Commission de 1970, 1977 et 1986 ne mentionnaient pas explicitement de restrictions caractérisées de nature à faire obstacle à la règle *de minimis*

communication de la Commission de 2001[1529]. Ces restrictions flagrantes concernent alors les accords ayant pour objet de fixer les prix de vente, limiter la production ou répartir les marchés ou la clientèle entre les parties, ainsi que dans le seul cas d'accords entre non-concurrents, restreindre la vente et la livraison dans des systèmes de distribution sélective et limiter la vente de composants. Cette dernière « clause noire » relative à la vente de pièces détachées à des utilisateurs finaux ou des réparateurs indépendants n'a pas été reprise en droit interne, qui exclut en revanche du champ d'application de la théorie les contrats de marchés publics[1530]. Se pose alors la question de savoir si la liste de ces restrictions est limitative. En d'autres termes, l'identification de l'objet anticoncurrentiel d'un accord dans le cadre de l'application du seuil de sensibilité est-elle circonscrite aux restrictions caractérisées expressément énumérées par la règlementation ? L'arrêt expédia et la Communication de 2014 de la Commission relative aux accords d'importance mineure apportent une réponse circonstanciée à cette interrogation.

315. Contexte de la Communication de la Commission de 2014. Il aurait pu paraître surprenant que la Commission diffuse une nouvelle communication relative aux accords d'importance mineure en 2014[1531] sans pour autant modifier les seuils de sensibilité précédemment établis[1532]. Cette démarche ne demeure toutefois mystérieuse que le temps de rappeler le contexte de cette dernière communication. Elle fait suite à l'arrêt Expedia où la Cour de justice[1533] a statué sur une question préjudicielle posée par la Cour de cassation l'interrogeant sur le point de savoir si l'article 101 paragraphe 1 TFUE et l'article 3, paragraphe 2 du règlement n°1/2003 devaient être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une autorité nationale de concurrence applique l'article 101, paragraphe 1 TFUE à un accord entre entreprises susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission dans sa communication *de minimis*.
La Cour de justice y répond qu'« *un accord susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de*

[1529] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, précitée du 22 décembre 2001, pt 11
[1530] M. Malaurie-Vignal, «Le projet de simplification du droit intéresse le droit de la concurrence », ccc n° 5, Mai 2004, comm. 79
[1531] Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*) (2014/C 291/01) du 30 août 2014
[1532] L. Idot, « Adoption par la Commission d'une nouvelle communication sur les accords *de minimis* », précité
[1533] CJUE 13 décembre 2012, aff C-226/11, Expedia Inc c/ Autorité de la concurrence, concernant une question préjudicielle introduite par la Cour de cassation française

tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence. Au vu de ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que les articles 101 paragraphe 1 TFUE et 3 paragraphe 2 du règlement n°1/2003 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une autorité nationale de concurrence applique l'article 101 paragraphe 1 TFUE à un accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission dans sa communication de minimis, pourvu que cet accord constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de cette disposition »[1534]. Autrement dit, un accord ayant un objet anticoncurrentiel tombe sous le coup de l'interdiction posée par l'article 101 paragraphe 1 TFUE, même s'il n'atteint pas les seuils fixés par la communication *de minimis*. Dans une telle hypothèse, l'importance de l'accord ne s'apprécie pas à l'aune des caractéristiques de ses acteurs mais dépend des spécificités de son objet. C'est dans la droite ligne de cet arrêt, après une consultation publique[1535], que la Commission a revu sa communication sur les accords d'importance mineure en y introduisant les précisions apportées par l'arrêt Expedia.

316. Evolution des critères de restriction flagrante. La Commission abandonne le principe d'une liste de comportements constitutifs de « restrictions flagrantes » [1536] et précise[1537] qu'un « *accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur constitu[e], par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence* » [1538]. En conséquence, la communication ne couvre « *pas les accords qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur* ».[1539] Suivant la jurisprudence[1540], la Commission retient comme principe qu'un accord ayant pour objet de restreindre la concurrence a un effet sensible sur la concurrence, fût-il conclu entre des entreprises disposant de faibles parts de marché. En conséquence, l'objet anticoncurrentiel de l'accord, même non suivi d'effets,

[1534] CJUE 13 décembre 2012, aff C-226/11, Expedia, précité, points 37 et 38
[1535] L. Idot, « Seuil de sensibilité », Europe n° 8-9, Août 2014, comm. 339
[1536] Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, précitée du 22 décembre 2001, point 11
[1537] Communication concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, point 2
[1538] La Commission reprend ce postulat au point 13 de sa communication sur les accords d'importance mineure du 30 août 2014 afin que ne subsiste aucune ambiguïté sur cette question : « *la présente communication ne couvre pas les accords qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence au sein du marché intérieur. La Commission n'appliquera donc pas à ces accords la sphère de sécurité créée par les seuils de part de marché fixés aux points 8, 9, 10 et 11.* »
[1539] *Ibid.*.
[1540] CJUE 13 décembre 2012, aff C-226/11, Expedia, précité

conduit à écarter la mise en œuvre des dispositions introduisant une certaine indulgence pour les accords *de minimis* et impose, à l'inverse, à un examen précis de l'accord. La préservation de la concurrence prime toute autre considération, au risque d'anéantir la sécurité juridique des opérateurs[1541].

317. Exemption de tels accords. Les accords comportant de telles restrictions tombent sous le coup de l'article 101 paragraphe 1 TFUE. Les parties peuvent invoquer le bénéfice d'une exemption individuelle au titre du paragraphe 3 à condition que la pratique visée contribue « *à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* »[1542]. Quand bien même les pratiques examinées répondraient à ces exigences, il est peu probable que le paragraphe 3 de l'article 101 TFUE puisse s'appliquer dans la mesure où l'accord comportant un objet anticoncurrentiel aboutit à donner la possibilité aux entreprises d'éliminer la concurrence[1543]. La liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des opérateurs se trouvent alors entièrement contraintes par la préservation impérative de la concurrence, la faible importance de l'accord ne pouvant contrebalancer son objet anticoncurrentiel.

318. Qualification d'accord d'importance mineure et sécurité juridique. L'abandon de la liste de « restrictions caractérisées »[1544] au profit d'indications plus générales [1545] permettant de couvrir un spectre plus large de pratiques ayant pour objet de restreindre la concurrence, a pour contrepartie une sécurité juridique moindre. Elle résulte de la plus grande part interprétative dans l'appréciation des pratiques. Afin de ne pas laisser les opérateurs dans l'expectative, la Commission a proposé un document de travail dans lequel elle donne, non

[1541] J. Vogel, « Peut-on échapper au droit de la concurrence grâce à la règle *de minimis* ? », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords *de minimis* : « *L'insécurité juridique est multiple. Au niveau des autorités et juridictions nationales, les seuils de minimis n'offrent aucune sécurité. Il en va de même des cas d'exclusion de la communication de minimis qui correspondent aux restrictions caractérisées des règlements d'exemption puisque la Cour conclut de façon plus large que les seuils de parts de marché définis dans la communication sont dénués de pertinence en présence d'un objet anticoncurrentiel.* »

[1542] Article 101 §3 TFUE dont l'application est également soumise aux conditions supplémentaires de ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et de ne pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence

[1543] Ce qui est prohibé par l'article 101 §3 b) TFUE

[1544] Conservées toutefois à titre d'exemples cf Communication concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, point 13

[1545] L. Idot, « Seuil de sensibilité », Europe n° 8-9, Août 2014, comm. 339 : « *Alors que la communication de 2001 faisait référence à une liste de restrictions caractérisées, définies autour de la fixation des prix et de la répartition des marchés, l'on ne trouve plus une telle liste dans le nouveau texte. La Commission se borne à donner des indications générales*. »

seulement des illustrations des principales restrictions par objet, mais également, des exemples de restrictions de concurrence qui échappent, à certaines conditions, à la qualification de restrictions par objet[1546]. Ces interprétations ne sont pas immuables. Au contraire, le document de travail se veut évolutif par le biais de mises à jour régulières selon l'actualité jurisprudentielle[1547]. A cet égard, il vise expressément les échanges d'informations entre concurrents concernant des données individualisées de prix et quantités futurs, indépendamment d'une entente. Tout échange de cette nature est considéré comme une restriction par objet[1548]. En conséquence, les informations relatives aux prix et quantités futurs ne semblent pouvoir bénéficier en aucun cas de l'indulgence offerte par la communication *de minimis.* En revanche, un échange concernant d'autres informations protégées ne peut être considéré *ab initio* comme ayant un objet anticoncurrentiel et peut donc profiter en principe des dispositions de la communication *de minimis*.

Il existe peu de décisions faisant l'application de la communication *de minimis*[1549]. La Cour de cassation[1550] statuant postérieurement à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Expedia[1551], fait application de la jurisprudence européenne en considérant que la cour

[1546] L. Idot, « Chronique Droit européen de la concurrence - Restriction par objet et analyse par les effets : où en est-on en matière d'ententes ? », RTD Eur. 2014 p.935

[1547] L. Arcelin, « Nouvelle Communication *de minimis* : des précisions plus que des nouveautés », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.284

[1548] Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (en anglais) version révisée du 3 juin 2015, accompagnant la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure {C(2014) 4136 final}, disponible au /2017 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf point 2.6 : « *Information exchanges between competitors of individualised data regarding intended future prices or quantities are considered a restriction by object.* »

[1549] Concernant des relations verticales, voir notamment Cass Com 17 novembre 1998, n°96-15.138, Sté Pluri publi c/ Mme Trebucq ; CA Paris 16 avril 2008, 14ème Chambre – Section A, n°07/21738, Sté Panini France SA c/ Sté Energie Mobile SAS ; CA Paris 22 mars 1996, RG n° 95/013110, M. Salicis c/ Sté Bertrand Sud ; Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-63 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des activités annexes des stations-service ; Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-64 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'appareils électrodomestiques ; Conseil de la concurrence, Décision n° 03-D-53 du 26 novembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Biotherm dans le secteur de la commercialisation des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

[1550] Cass Com 16 Avril 2013, n°10-14.881, 423, Société Expedia Inc c/ ministre de l'économie et a., Bull Civ IV n°64 : «*la CJUE a rappelé qu'au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, un accord susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence. (...) l'arrêt, après avoir exactement énoncé que l'article L. 464-6-1 du code de commerce confère à l'Autorité de la concurrence une simple faculté dont elle est libre de ne pas user, retient que les accords en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qu'ils ont un objet anticoncurrentiel ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le partenariat mis en place par la SNCF et la société Expedia constituait une restriction sensible de la concurrence au sens des articles 101 paragraphe 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, la cour d'appel a statué à bon droit.* »

[1551] CJUE 13 décembre 2012, aff C-226/11 précitée

d'appel a justement décidé que l'Autorité de la concurrence pouvait poursuivre toute entente sans avoir à tenir compte d'un seuil de sensibilité, en raison de l'objet anticoncurrentiel des accords en cause. Cette solution s'appuie en outre sur la particularité, soulignée par la Cour de cassation et la Cour de justice, que tant les articles du code de commerce[1552] que la communication de la Commission[1553] prévoient une faculté, et non une obligation[1554], pour l'autorité de concurrence de ne pas sanctionner les accords d'importance mineure[1555]. Il est ainsi nettement perceptible que la possibilité pour des échanges d'informations protégées d'échapper à un contrôle au regard du droit de la concurrence est à la fois contrainte par la nature des informations échangées[1556], et par une pratique limitée des autorités de concurrence qui ne sont pas tenues d'appliquer la théorie du seuil de sensibilité. La liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle des parties sont alors circonscrites par les impératifs du respect de la concurrence.

L'indifférence du droit de la concurrence à l'égard des échanges d'informations est strictement limitée. Son appréhension ne doit pas, pour autant, être uniquement négative[1557] : certains échanges d'informations font l'objet d'un examen de légalité et bénéficient à son issue d'une appréciation favorable au regard des impératifs du droit de la concurrence.

Section II – Les échanges d'informations protégées favorables à la concurrence

319. Il existe deux types d'échanges d'informations susceptibles d'encourager la concurrence. Ils se distinguent selon leur sujet et leur objet. Lorsque les sujets de l'échange sont des entreprises non concurrentes, les échanges d'informations protégées sont généralement perçus favorablement par le droit de la concurrence **(§1).** Si les destinataires de l'échange d'informations sont concurrents, les échanges peuvent également servir les intérêts d'une libre concurrence, à condition que l'objet et les caractéristiques des informations protégées communiquées répondent à un certain nombre d'exigences **(§2).**

[1552] L464-6-2 du code de commerce
[1553] Communication concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, point 5
[1554] J. Vogel, « Peut-on échapper au droit de la concurrence grâce à la règle *de minimis* ? », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords *de minimis* : « Cette communication relève, on le sait, de la soft law et n'a pas valeur contraignante. »
[1555] L. Idot, « Adoption par la Commission d'une nouvelle communication sur les accords *de minimis* », Revue des contrats 1er décembre 2014, n°4
[1556] S'il s'agit d'informations protégées sur les prix ou les quantités futures, un examen précis par le droit de la concurrence sera requis dans la mesure où un tel échange sera réputé avoir un objet anticoncurrentiel
[1557] Voir *infra* n°319 et suivants

§1. Les échanges d'informations protégées entre non-concurrents

320. Les échanges d'informations entre non-concurrents se rencontrent principalement dans deux cas de figure : lorsque les opérateurs se situent dans une relation d'affaire verticale d'une part (**A**), et lorsqu'intervient dans l'échange une partie tierce chargée d'améliorer l'information des professionnels d'un secteur d'autre part (**B**).

A/ Les échanges d'informations dans une relation verticale

321. Echange d'informations protégées entre fournisseur et distributeurs. Selon un auteur[1558], les non-concurrents se définissent comme « *des entités économiques ayant des fonctions différentes sur un même marché (acheteur/vendeur) ou intervenant sur des marchés différents* ». S'agissant d'opérateurs dans une relation verticale sur un même marché, c'est-à-dire une relation de distribution, les échanges d'informations s'avèrent indispensables afin que chacun puisse assurer efficacement ses fonctions. La rationalisation de la production, l'optimisation des stocks, la récupération des invendus etc… nécessitent une information entre les acteurs, parfois qualifiée de « *transparence* ».[1559] Le principe est donc celui de la divulgation nécessaire d'informations entre fournisseur et distributeurs.

322. Echange d'informations entre non-concurrents. Dans le cadre spécifique des relations verticales, la divulgation de l'information protégée favorise les libertés économiques. La libre concurrence se trouve renforcée par la faculté des opérateurs d'exercer leur activité en pleine connaissance de cause, tandis qu'une information complète encourage également la liberté d'entreprendre des agents qui ont une connaissance suffisante du marché pour y agir de manière efficace. La liberté contractuelle est enfin affermie dans la mesure où elle constitue le socle de cette divulgation qui n'a, en principe, d'autre limite que les besoins des agents. Il est toutefois possible de s'interroger sur le point de savoir si cette vision positive, voire idyllique, des échanges d'informations protégées dans des relations verticales ne pourrait être altérée par certaines pratiques des agents économiques. En d'autres termes, les échanges d'informations protégées entre producteur et distributeurs sont-ils systématiquement perçus avec bienveillance par le droit de la concurrence ?

[1558] D.Lescop, « Les échanges d'informations entre non-concurrents », Recueil Dalloz 2009 p.187 ; voir également V. Selinsky, « Echanges d'information », rlc janvier-mars 2007, Pratiques anticoncurrentielles – Actualités n°681, p.20

[1559] *Ibid.*.

323. Echanges d'informations verticaux et comportements anticoncurrentiels. Les relations verticales ne sont pas exemptes de comportements anticoncurrentiels, imputables tant aux distributeurs qu'au producteur[1560]. Un distributeur peut ainsi utiliser l'information récoltée auprès de ses fournisseurs pour mettre en avant ses propres marques. « *L'effet potentiellement anticoncurrentiel de l'échange proviendrait alors de la création par le distributeur d'une dissymétrie informationnelle artificielle entre concurrents* »[1561]. A l'inverse, un producteur pourrait établir une politique de prix imposés ou tenter d'obtenir des avantages de certains distributeurs en faisant un usage contestable des informations protégées qu'il aurait recueillies[1562]. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales évoquent également l'hypothèse de comportements anticoncurrentiels dans un cadre vertical[1563] : « *il ne peut être exclu que des échanges d'informations peuvent aussi déboucher sur l'éviction anticoncurrentielle de tiers présents sur un marché lié. À titre d'exemple, en acquérant un pouvoir de marché suffisant grâce à des échanges d'informations des parties échangeant des informations sur un marché en amont, par exemple des entreprises intégrées verticalement, pourraient être en mesure d'accroître le prix d'un composant essentiel pour un marché situé en aval du premier. Elles auraient ainsi la possibilité d'augmenter les coûts de leurs concurrents en aval, ce qui se traduirait potentiellement par une éviction anticoncurrentielle sur le marché en aval en question* ». Ces exemples font apparaître une particularité dans les échanges susceptibles d'être anticoncurrentiels : ne sont pas remis en cause les échanges d'informations entre producteur et distributeur, mais plutôt l'usage que l'une des parties fait de la somme d'informations recueillies de tous ses partenaires. L'échange en tant que tel n'est pas fautif, à l'inverse de son usage *a posteriori*, susceptible de créer une dissymétrie d'informations telle qu'elle peut engendrer des comportements anticoncurrentiels.

324. Echanges licites d'informations. Monsieur Lescop en déduit trois critères pour examiner la licéité des échanges d'informations protégées entre non-concurrents : « *la licéité de l'usage ou de l'objet, la nécessité de l'échange en fonction de son objet et l'absence d'effet anticoncurrentiel potentiel ou réel* ».[1564] Le premier et le dernier critère rejoignent les critères

[1560] D.Lescop, « Les échanges d'informations entre non-concurrents », précité
[1561] *Ibid.*.
[1562] *Ibid.*.
[1563] Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, Communication de la Commission (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, point 71
[1564] D.Lescop, « Les échanges d'informations entre non-concurrents », précité

classiques d'absence d'objet ou d'effet anticoncurrentiel de l'échange. La condition de nécessité n'est pas sans rappeler l'article 101 paragraphe 3 a) TFUE qui autorise l'exemption individuelle d'un accord sous réserve, notamment, qu'il n'impose pas « *aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs* ». Ce critère doit, à notre sens, être manipulé avec précaution, un échange non nécessaire n'étant pas par nature anticoncurrentiel. Les motivations et l'usage proprement dit des informations recueillies doivent donc faire l'objet d'une analyse approfondie. Il résulte de ce qui précède que les échanges entre non-concurrents liés par une relation verticale sont en principe favorablement perçus par le droit de la concurrence. Ils ne deviennent sujets à discussion que s'il en découle une utilisation qui pourrait s'avérer anticoncurrentielle. Afin de procéder à une telle qualification, la réunion de plusieurs circonstances devrait être envisagée, tels que le caractère non nécessaire de l'information échangée, conjugué à une rétention d'informations vis-à-vis des autres opérateurs créant une dissymétrie dégénérant en abus. Il importe toutefois de souligner qu'aucune pratique de ce type ne saurait être sanctionnée *per se*, l'abus devant être caractérisé selon les cas d'espèce.

Outre l'hypothèse d'échanges d'informations entre non-concurrents liés par des relations verticales, il est également possible d'envisager favorablement les échanges d'informations émanant d'une association ou d'un syndicat professionnels.

B/ Les échanges d'informations issus d'organismes professionnels

325. Echanges d'informations protégées entre une organisation professionnelle et des opérateurs économiques. Ces parties ne sont pas concurrentes. Bien au contraire, le syndicat professionnel a vocation à représenter les entreprises de son secteur. Il convient dès lors de s'interroger sur les conditions dans lesquelles les échanges d'informations sont appréhendés par le droit de la concurrence dans ce cadre particulier. Le principe est celui d'une légalité des échanges entre association professionnelle et ses membres sur les conditions du marché[1565]. C'est d'ailleurs l'une des fonctions premières des syndicats professionnels. Les échanges d'informations protégées issus d'organismes professionnels ne peuvent donc faire l'objet d'une condamnation *per se*. A l'inverse, la Commission expose dans ses lignes directrices sur

[1565] F. Venayre, « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », rlc février-avril 2005 n°2, Etude-Perspectives p.122 n°178

les restrictions horizontales[1566] que : « *la collecte et la publication de données de marché agrégées (telles que des données de vente, des données sur les capacités ou des données sur le coût des intrants et des composants) par une organisation professionnelle ou une société spécialisée en stratégie commerciale peuvent profiter tant aux fournisseurs qu'aux consommateurs en leur permettant d'avoir une vue plus claire de la situation économique d'un secteur* »[1567]. Les échanges d'informations entre un syndicat professionnel et ses membres apparaissent légaux par principe, et perçus comme favorables à la concurrence et à la liberté d'entreprendre des parties, à même d'exercer leur activité en meilleure connaissance de cause.

326. Caractéristiques des échanges d'informations par une organisation professionnelle. Cette vision positive des échanges n'est toutefois pas systématique : la Commission précise que cette perception s'applique aux données agrégées[1568]. S'il s'agit de données individualisées, la Commission est nettement plus circonspecte sur leurs échanges. Elle rappelle que les échanges de données individualisées *via* une association professionnelle ou un tiers peuvent être constitutifs de comportements anticoncurrentiels[1569]. Le Conseil de la concurrence a ainsi observé que les organisations professionnelles diffusant des informations protégées peuvent avoir « *un effet "prescripteur" ou de coordination volontaire [...], les opérateurs étant incités à calquer leur politique commerciale sur les informations reçues, ce qui peut avoir pour objet et pour effet de "discipliner" la concurrence dans le secteur* »[1570].
Dans l'affaire « des endives », la Cour de justice[1571], suivie par la Cour de cassation[1572], a précisé les conditions dans lesquelles les échanges d'informations protégées entre organismes professionnels sont susceptibles d'échapper, ou non, à l'incrimination d'entente. Lorsque ces échanges sont convenus au sein d'une même organisation reconnue par un État membre, et qu'ils sont strictement nécessaires à la poursuite des objectifs assignés à l'organisme en

[1566] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 89
[1567] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n° 4, 27 Janvier 2011, 1052
[1568] Sur la nature des données dont l'échange est favorablement perçu, voir *infra*
[1569] Voir les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pts 55 et 56
[1570] Cons. conc. 5 oct. 2006, avis n° 06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, pt 16 commenté par V. Selinsky, « Echanges d'information », rlc janvier-mars 2007, Pratiques anticoncurrentielles – Actualités n°681, p.20
[1571] CJUE Grande Chambre 14 novembre 2017, aff C-671/15, Président de l'Autorité de la concurrence c/ Association des Producteurs Vendeurs d'endives et a.
[1572] Cass Com 12 septembre 2018, pourvoi n° 14-19.589, à paraître au Bulletin, ECLI:FR:CCASS:2018:CO00754

conformité avec la réglementation de l'Union européenne et conformément à la Politique agricole commune, l'article 101 §1 TFUE est inapplicable. Cette disposition retrouve en revanche tout son empire lorsque les échanges d'informations protégées se font entre plusieurs organismes, ainsi qu'avec des entités non reconnues par l'Etat membre.

Les échanges d'informations protégées entre non-concurrents apparaissent comme un vecteur de développement des libertés économiques, mais restent observés attentivement par les autorités de concurrence qui veillent à ce que leurs effets positifs ne soient pas remis en cause par des comportements anticoncurrentiels. Ceux-ci peuvent notamment être induits par les caractéristiques des informations protégées communiquées. Certaines informations engendreront naturellement des gains d'efficacité favorables à la concurrence, tandis que d'autres devront faire l'objet d'un examen attentif afin de déterminer les conséquences de leur divulgation.

§2. Les caractéristiques des échanges d'informations protégées au service de la concurrence

327. Particularités des informations échangées. Les échanges d'informations protégées favorisant la concurrence, ainsi que la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des parties à l'accord, concernent des données possédant des qualités pré-définies qui ressortent tant de la nature de l'information (**A**) que des spécificités de l'échange[1573] constituant ce que nous dénommerons son « contexte concurrentiel » (**B**).

A/ La nature des informations échangées

328. L'objectif d'un échange d'informations licites est de permettre aux entreprises de s'auto-évaluer sans être à même d'identifier la stratégie individuelle d'un concurrent[1574]. Les informations diffusées doivent pour cela posséder certaines caractéristiques : être agrégées, anciennes et publiques.

[1573] Marché concerné, fréquence et conséquences de l'échange
[1574] C. Prieto, « Condamnation du cartel de la téléphonie mobile : satisfaction en demi-teinte », JcpG n° 37, 12 Septembre 2007, II 10153

329. Des données agrégées. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales précisent que les échanges d'informations agrégées ont la faveur de la Commission[1575] qui précise néanmoins ce qu'il faut entendre par l'adjectif « agrégé ». Il s'agit de données « *dans lesquelles il est suffisamment malaisé de distinguer les informations se rapportant à une entreprise donnée* »[1576]. Autrement dit, les informations communiquées ne doivent pas permettre l'identification d'un opérateur en particulier[1577]. Il est alors possible de les considérer davantage comme les données consolidées d'un secteur[1578], plutôt que comme celles d'agents économiques. La faveur accordée à ce type d'information s'explique par le fait que leur divulgation est moins susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence que l'échange de données individualisées[1579]. La Commission expose ainsi que la communication d'informations protégées agrégées peut profiter « *tant aux fournisseurs qu'aux consommateurs en leur permettant d'avoir une vue plus claire de la situation économique d'un secteur. La collecte et la publication de telles données peuvent permettre aux acteurs du marché de faire des choix en meilleure connaissance de cause afin d'adapter efficacement leur stratégie aux conditions de marché* »[1580]. En effet, des opérateurs économiques pleinement informés des contingences du marché seront plus à même de prendre les décisions nécessaires à la pérennité de leur activité, renforçant ainsi leur liberté d'entreprendre et la libre concurrence. Toutefois, la Commission rappelle que même un échange de données agrégées peut faciliter une collusion sur certains types de marchés. Les membres d'un oligopole très étroit et stable échangeant des données agrégées constatant sur le marché un prix inférieur à un niveau donné pourraient présumer qu'une entreprise s'est écartée de la collusion et prendre en conséquence des mesures de représailles s'étendant à l'ensemble du marché[1581]. Il en résulte que le caractère agrégé des données est une condition nécessaire mais non suffisante pour rendre un échange d'informations protégées favorables à la concurrence.

[1575] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 89

[1576] *Ibid.*. ; voir également G. Decocq et A-L-H des Ylouses, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1456

[1577] Il en va ainsi notamment de données statistiques abstraites type INSEE cf Ch. Gavalda et C. Lucas de Leyssac, « Des échanges d'informations sur les prix peuvent-ils constituer des pratiques anticoncurrentielles ? », Recueil Dalloz 1990 p.102

[1578] *Ibid.. : « telles que des données de vente, des données sur les capacités ou des données sur le coût des intrants et des composants »*

[1579] Voir *infra* n°376

[1580] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 89

[1581] *Ibid..*

330. Des données anciennes. La Commission retient que l'échange d'informations protégées anciennes pouvant être qualifiées d'« *historiques* » est, en théorie, peu susceptible d'engendrer des comportements anticoncurrentiels[1582]. La divulgation de telles informations protégées est appréhendée avec une certaine indulgence, en ce qu'elle permet essentiellement une meilleure connaissance globale des caractéristiques du marché[1583], en évitant toute indication sur le comportement futur des agents économiques. Elle n'est alors pas de nature à favoriser d'entente sur le marché ou la surveillance d'agissements déviants actuels[1584]. La difficulté provient de la détermination de la date à partir de laquelle les données seront considérées comme suffisamment anciennes pour être qualifiées d'historiques. Il n'existe pas de seuil fixe. La qualification d' « historique » pour une information protégée dépend du type de donnée visée, mais également des spécificités du marché auquel elle se rapporte, notamment sa stabilité et sa transparence ainsi que de la « *fréquence de renégociation des prix dans le secteur* »[1585]. A titre d'exemple, la Commission avait indiqué dans son rapport sur la politique de concurrence de 1999 que « *les données individuelles ne peuvent être échangées avant qu'une période de douze mois se soit écoulée entre la date de l'événement sur lequel porte l'échange et la date d'échange* »[1586]. La Commission considérait ainsi qu'une durée d'une année était la période minimale pour considérer l'échange d'une donnée comme « sans danger ».

Un auteur a pu considérer, à l'inverse, que des données passées pouvaient faciliter un mécanisme de représailles dans une collusion alors qu'un échange sur des informations sur les prix ou quantités futures serait théoriquement moins dommageable pour la concurrence, n'ayant aucune valeur d'engagement[1587]. Les autorités de concurrence n'adhèrent toutefois pas à cette position, faisant de l'échange d'informations sur les prix et quantités futures, des

[1582] G. Decocq et A-L-H des Ylouses, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1456

[1583] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis 12-A-12 relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité avec les règles de concurrence des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers réalisées par les entrepositaires agréés, pt 68 : « *l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne considèrent que l'échange de données historiques statistiques ou d'études de marché sectorielles ne pose pas de problème de concurrence, à condition que ces données ne permettent pas l'identification des stratégies individuelles des concurrents* ».

[1584] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, point 90

[1585] *Ibid.*.

[1586] Disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2000/fr.pdf, p. 175

[1587] E. Combe, Économie et politique de la concurrence : Précis Dalloz, 1re éd. 2005, p. 124, § 49, cité par P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité

échanges interdits par principe car constitutifs d'une restriction par objet[1588]. Le critère temporel *a priori* simple à appréhender s'avère en réalité le résultat d'une multitude de caractéristiques indépendantes du strict écoulement du temps. La qualification de données anciennes est alors fonction des espèces et ne peut être décidée arbitrairement *in abstracto*. Aux critères d'ancienneté et de consolidation s'ajoute l'exigence de publicité des données, dernière caractéristique de nature influer la qualification de l'échange.

331. Des données publiques. La Commission voit d'un œil serein la diffusion d'informations publiques. Dans la mesure où il s'agit de données « *réellement publiques* », c'est-à-dire accessibles à tous, concurrents et clients, aux mêmes conditions de recherche et de coût[1589], il ne saurait résulter de leur divulgation une quelconque atteinte à la concurrence[1590]. Dès lors, à supposer que certains opérateurs soient engagés dans une collusion, les entreprises qui ne prennent pas part à la coordination, les concurrents potentiels et les clients seront à même de limiter l'effet restrictif potentiel sur la concurrence en prenant le contrepied des mesures coordonnées[1591]. A titre d'exemple, si une pratique visait à fixer un prix en fonction de ces informations publiques, les concurrents ne faisant pas partie de la collusion pourraient décider d'un prix inférieur sans qu'aucun moyen de contrôle ou de sanction de la collusion ne puisse être exercé à leur encontre.

Le caractère public des informations échangées induit l'absence de condamnation *per se* de leur échange[1592]. S'il n'ajoute rien de déterminant par rapport aux informations déjà disponibles sur le marché, l'échange n'est pas susceptible de modifier le processus concurrentiel[1593]. La Commission précise toutefois que lorsqu'il s'agit d'échange d'informations dans le domaine public qui ne peuvent être qualifiée de « publiques » dans la mesure où leur coût de collecte est de nature à décourager les concurrents et clients de les obtenir, une certaine prudence est de mise dans leur appréciation par le droit de la

[1588] Voir *supra*, document de travail de la Commission relatif aux accords d'importance mineure, précité ; également F. Venayre, « Objet vs. effet anticoncurrentiel dans le traitement des échanges d'informations », rlc avril-juin 2015 n°43, Pratiques anticoncurrentielles p.11 n°2726

[1589] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, point 92

[1590] G. Decocq et A-L-H des Ylouses, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1456

[1591] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, point 94 ; voir également P. Wilhelm, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », précité

[1592] P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité

[1593] Cons. Conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, pt 194 ; voir également M-A. Afchain, « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », JcpE n° 9, 1er Mars 2007, 1278

concurrence[1594]. L'accès général à ces informations n'étant alors pas systématique, leur connaissance peut créer une dissymétrie d'information. Dès cet instant, la possession et l'usage de ces informations sont susceptibles de dériver en pratique contestable au regard du droit de la concurrence. De surcroît, même si les données sont disponibles publiquement, cela n'empêche pas l'existence d'échanges d'informations supplémentaires entre concurrents de nature à restreindre la concurrence en diminuant l'incertitude stratégique existant sur le marché[1595].

Une autre série de conditions pour des échanges d'informations protégées pro-concurrentiels tient au contexte desdits échanges.

B/ Le contexte concurrentiel des échanges d'informations protégées

332. Un échange à objectif pro-concurrentiel affirmé. Le caractère pro-concurrentiel de l'échange est intrinsèquement lié à ses effets et doit être revendiqué comme tel : l'échange doit permettre de réels gains d'efficacité[1596], au bénéfice des opérateurs et des consommateurs.
Les échanges d'informations protégées actuelles et antérieures sont en principe davantage susceptibles de générer des gains d'efficacité qu'un échange d'informations portant sur de simples intentions. Il arrive toutefois que l'échange d'intentions puisse aboutir à des gains d'efficacité, en particulier dans le domaine de la recherche et du développement où la connaissance du résultat notable d'une entreprise peut éviter à des concurrents d'engager des recherches onéreuses pour un résultat identique mais postérieur[1597].

333. Gains d'efficacité et opérateurs économiques. S'agissant des bénéfices retirés par les acteurs du marché d'échanges d'informations protégées actuelles ou historiques, la Commission évoque différents aspects. Ces échanges sont susceptibles de résoudre certains

[1594] *Ibid.*.
[1595] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 93
[1596] Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations ; F. Lévêque, « UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are All Oligopoly Information Exchanges Bad for Competition ? », World Competition Law and Economic Review 2007, 30(2): 231-241 ; également Ph. Choné, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958
[1597] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 100

problèmes d'asymétrie de l'information de telle sorte que l'efficacité des marchés soit renforcée[1598] plus efficaces. La Commission évoque également la performance accrue des entreprises issue de la comparaison des résultats aux meilleurs pratiques du secteur[1599]. Cette connaissance permet aux opérateurs d'élaborer des mécanismes d'incitation interne adaptés[1600]. L'Autorité de la concurrence mentionne également à cet égard l'optimisation de la stratégie commerciale des agents économiques[1601]. D'autres gains d'efficacité[1602] peuvent être envisagés à la fois vis-à-vis des entreprises tels que l'adaptation de la production à la demande[1603] ou l'acheminement plus rapide de produits périssables vers des régions où la demande est importante et réciproquement[1604], mais également à l'égard des consommateurs[1605]. Le contexte concurrentiel de l'échange d'informations protégées concerne en outre les circonstances de l'échange et tout particulièrement la fréquence et la nécessité de celui-ci.

334. Le caractère indispensable de l'échange. La Commission rappelle que les restrictions allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les gains d'efficacité générés par un échange d'informations ne remplissent pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3 TFUE[1606]. En conséquence, les échanges d'informations protégées ne sont favorablement perçus par le droit de la concurrence qu'à la condition d'une impérative nécessité afin d'atteindre les gains d'efficacité évoqués[1607]. Il est recommandé de réduire au minimum la fréquence des échanges d'informations, d'utiliser si possible des fourchettes de quantités plutôt que les chiffres exacts des volumes de ventes de chaque entreprise et d'avoir recours à un tiers indépendant pour assurer l'anonymat des données individuelles [1608] . La Commission

[1598] *Ibid.*, pt 57
[1599] *Ibid..,* pt 95
[1600] Ph. Choné, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », précité
[1601] Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations ; oir également Aut. Conc. 25 juin 2010, avis sur la révision des règles européennes applicables aux accords de coopération horizontale, p.7
[1602] Voir *infra* n°410
[1603] Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations
[1604] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 96 ; voir également G. Decocq et A-L-H des Ylouses, « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », JcpE n° 35, 1er Septembre 2016, 1456
[1605] Voir *infra* n°412
[1606] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 101
[1607] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n° 4, 27 Janvier 2011, 1052
[1608] Guidance on pre-registration and data sharing, septembre 2007, European Chemicals Agency, en coopération avec la Commission européenne cité in Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations

soutient même que les parties doivent démontrer que « *l'objet des données, leur caractère agrégé, leur ancienneté, leur confidentialité, de même que la fréquence et la portée des échanges présentent les risques les moins élevés indispensables pour obtenir les gains d'efficacité allégués* »[1609]. Même si les échanges d'informations sont appréhendés de prime abord de façon bienveillante[1610], la Commission laisse nettement apparaître une certaine circonspection à leur égard. Cette méfiance se retrouve également dans l'appréciation de la fréquence autorisée des échanges.

335. La fréquence des échanges. Les échanges d'informations protégées peuvent être effectués à différents rythmes. S'il semble acquis que des échanges peu fréquents, éloignés dans le temps, ne peuvent que bénéficier aux agents économiques et à la concurrence, il convient de nuancer cette position selon le marché en cause. S'il s'agit d'un marché stable, où les contrats conclus ont des termes éloignés, une faible fréquence des échanges pourraient suffire à constituer une entente. A l'inverse, sur des marchés instables, avec des contrats de courte durée, une faible fréquence sera perçue comme un indice de l'innocuité des échanges, voire de leur caractère favorable pour la concurrence, ces échanges permettant aux agents d'acquérir une meilleure connaissance du marché[1611]. A l'instar des autres critères, la fréquence des échanges pro-concurrentiels dépend donc à la fois des données échangées et du marché concerné. Si le principe d'échanges pro-concurrentiels est acquis, sa réalité est empreinte de casuistique[1612].

336. Conclusion du Chapitre. Les échanges d'informations protégées peuvent être mis au service des libertés économiques selon deux biais tenant aux caractéristiques des acteurs de l'échange et de celles du contenu de l'échange. En premier lieu, les échanges d'informations protégées intervenant entre des opérateurs disposant de faibles parts de marché sont réputés être indifférents à la concurrence. Suivant l'application du seuil de sensibilité, le droit de la concurrence n'intervient pas dans l'examen d'accords d'importance mineure. La liberté contractuelle des parties reprend alors son empire, au bénéfice de leur liberté d'entreprendre.

[1609] *Ibid.*.

[1610] Voir notamment les lignes directrice sur les accords de coopération horizontale, précitées, pt 57 ; ainsi que CJCE 28 mai 1998, aff C-7/95, Jonh Deere c/ Commission, pt 67 ; à l'inverse d'une position de défiance de principe des autorités française cf V. Selinsky, « Echanges d'information », rlc janvier-mars 2007, Pratiques anticoncurrentielles – Actualités n°681, p.20

[1611] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, point 91

[1612] F. Venayre, « Licéité des échanges d'informations entre concurrents : une autorité de plus en plus régulatrice », rlc octobre-décembre 2012, n°33, Pratiques anticoncurrentielles p.18 n°2142

Une limite importante à cette règle *de minimis* tient à l'objet de l'accord. Si la preuve d'un objet anticoncurrentiel de l'échange devait être rapportée, le droit de la concurrence ne pourrait en faire abstraction, les parties fussent-elles de taille réduite sur le marché. L'importance de l'accord est alors appréciée, non au regard des parts de marché des opérateurs, mais à celui de l'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations protégées.

337. Les échanges d'informations peuvent en revanche favoriser la concurrence lorsqu'ils interviennent entre des agents aux fonctions spécifiques sur le marché. Il en va ainsi de la divulgation d'informations entre fournisseur et distributeurs au sein de relations verticales qui permettent une rationalisation de la gestion des produits commercialisés. De même, la communication de données organisée par des associations ou syndicats professionnels est de nature à renforcer la liberté d'entreprendre des opérateurs disposant d'une meilleure connaissance du marché. Il convient toutefois de ne pas considérer ces échanges comme systématiquement favorables : il ne peut en effet être exclu que les échanges d'informations protégées engendrent des effets anticoncurrentiels. En conséquence, leur appréciation doit toujours être prudente.

Dans le cadre d'un échange d'information pro-concurrentiel, les informations transmises favorisent une meilleure connaissance du marché par les entreprises qui sont alors à même d'ajuster leur liberté d'action et de développer leur réactivité aux besoins du marché pour une concurrence renforcée. Il est toutefois nécessaire de vérifier que les caractéristiques des informations échangées concernent le marché dans son entier et non chaque acteur individualisé. Pour cela, il importe qu'elles soient agrégées, historiques et publiques. A défaut, les conséquences de leur divulgation ne peuvent de prime abord être considérées comme favorables à la concurrence et doivent faire l'objet d'une analyse exhaustive. A cette occasion sont examinés les gains d'efficacité issus de l'échange, son caractère indispensable et sa fréquence.

Il en résulte une casuistique importante dans l'appréciation des échanges d'informations pro-concurrentiels, source d'insécurité juridique. La préservation de la concurrence apparaît comme le référentiel à l'aune de laquelle ces pratiques sont analysées. Selon la structure du marché, le type de donnée échangée, l'échange d'informations protégées peut passer d'un objectif pro-concurrentiel à une réalité anticoncurrentielle. Les échanges d'informations se transforment alors en vecteurs d'atteinte aux libertés économiques.

CHAPITRE 2
L'ECHANGE D'INFORMATIONS PROTEGEES AU PREJUDICE DES LIBERTES ECONOMIQUES

338. Selon Adam Smith, « *il est rare que les gens du même métier se trouvent réunis, fût-ce pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire, sans que la conversation finisse par quelque conspiration contre le public, ou par quelque machination pour faire hausser les prix* »[1613]. Dès le XVIIIème siècle, une certaine circonspection à l'égard des échanges d'informations entre concurrents était ainsi à l'œuvre. Cette défiance ne s'est pas démentie à l'époque contemporaine. S'il est acquis que la communication de données protégées peut avoir des effets pro-concurrentiels[1614], de tels échanges peuvent rapidement, compte tenu de leurs caractéristiques et de celles du marché, être considérés comme le support ou le contenu même de pratiques anticoncurrentielles.

Les autorités de concurrence estiment ainsi que les échanges d'informations qui ont pour conséquence la perte d'autonomie des opérateurs, caractérisent des pratiques anticoncurrentielles (**Section I**) dont les répercussions ne rejaillissent pas seulement sur les entreprises, mais également sur les consommateurs (**Section II**).

Section I – L'échange d'informations protégées constitutif de restriction de concurrence

339. Les échanges d'informations protégées ne peuvent être considérés comme une infraction *per se*[1615]. Dans le cadre d'une entente, les échanges d'informations sont considérés comme

[1613] A. Smith, 1776, « Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations », LIVRE I – « Des causes qui ont perfectionné les facultés productives du travail, et de l'ordre suivant lequel ses produits se distribuent naturellement dans les différentes classes du peuple », Traduction française de Germain Garnier, 1881 à partir de l'édition revue par Adolphe Blanqui en 1843. Document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjbj9vql7_SAhUBnBoKHXfXDWEQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fclassiques.uqac.ca%2Fclassiques%2FSmith_adam%2Frichesse_des_nations%2Flivre_1%2Frichesse_des_nations_1.pdf&usg=AFQjCNFhIKZul-_sOyjGp2UWs2RinkypIg&sig2=Nx3Gx-cecH2Ce6RJee7BBw&bvm=bv.148747831,d.d2s dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"http://www.uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html, collection développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi.

[1614] Voir *supra* Chapitre 1 Titre I Partie II

[1615] Aut. Conc. 25 juin 2010, avis sur la révision des règles européennes applicables aux accords de coopération horizontale, p.6

une « pratique facilitatrice »[1616]. Celle-ci améliore la stabilité interne et la profitabilité de la collusion[1617] : en permettant la détection de déviations, c'est-à-dire de baisses de prix non convenues, les échanges de données se présentent comme un facteur de gestion de la collusion, n'impliquant pas pour autant de concertation explicite. Selon l'OCDE, le maintien de la stabilité interne concerne « *tout l'éventail des situations collusives, de l'entente expresse de prix ou de répartition de marché jusqu'à la position dominante collective (ou « collusion tacite »)*[1618] ». Il s'en déduit que les pratiques facilitatrices sont nuisibles même si les opérateurs économiques décident de leur action sur le marché de manière indépendante[1619].

L'appréciation des échanges d'informations indépendamment de toute entente[1620] se distingue de cette position dans la mesure où elle doit impérativement prendre en compte les conséquences de l'échange sur le comportement des entreprises et particulièrement sur leur perte d'autonomie[1621]. Une analyse précise de chaque cas d'espèce est alors nécessaire pour différencier les échanges ayant un rayonnement pro-concurrentiel, des échanges neutres et des échanges à l'origine de restrictions de concurrence. Pour qu'un échange d'informations protégées puisse être sanctionné, y compris dans le cas particulier de marchés oligopolistiques, il importe de démontrer que cet échange a « *effectivement et concrètement* »[1622] un objet (**§1**) ou des effets anticoncurrentiels (**§2**).

§1. Echange d'informations protégées et restriction par objet

340. La restriction par objet de l'échange d'informations protégées se traduit à travers une forme et un contenu spécifiques. S'agissant de la forme, l'échange d'informations protégées peut être qualifié de pratique concertée susceptible de caractériser une atteinte anticoncurrentielle au sens des articles 101 paragraphe 1 TFUE et L.420-1 du code de commerce (**A**). Lorsque cet échange d'informations protégées concerne certaines

[1616] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 59
[1617] OCDE Direction Des Affaires Financières Et Des Entreprises - Comite de la concurrence 2-Oct-2007, table ronde sur les pratiques de facilitation dans le cadre des oligopoles, précité
[1618] *Ibid.*.
[1619] *Ibid.*.
[1620] CJCE 2 octobre 2003, aff C-194/99, Thyssen Stahl AG c/ Commission, Recueil 2003 - I – 10821, pt 77
[1621] Voir *infra* n°385 et suivants
[1622] E. Chevrier, « L'échange d'informations n'est pas une pratique anticoncurrentielle per se », Recueil Dalloz 2007 p.1953, à propos de Cass. Com. 29-06-2007, n° 07-10.303 (n° 1020 FS-P+B+I)

informations déterminées, il pourra alors être constitutif de restriction de concurrence par objet (**B**).

A/ Echange d'informations et pratique concertée.

341. Un échange d'informations n'est pas considéré comme un accord proprement dit. Toutefois, cela ne l'empêche pas de tomber sous le coup de la prohibition des ententes posée par les articles 101 paragraphe 1 TFUE et L.420-1 du code de commerce sous la qualification de « pratique concertée »[1623]. Celle-ci n'est pas une « *forme dégénérée de l'accord, mais quelque chose de différent* »[1624].

342. Définition jurisprudentielle de la pratique concertée. La notion de pratique concertée a été définie pour la première fois dans une décision de la Cour de justice de 1972 comme « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence* »[1625], pour la distinguer des accords entre entreprises et des décisions d'associations d'entreprises. Concrètement, elle peut résulter d'une coordination qui s'extériorise par un parallélisme de comportements des participants[1626] aboutissant à des conditions de concurrence anormales[1627]. Elle permet ainsi la cristallisation de situations acquises au détriment de la liberté effective de circulation des produits dans le marché commun et du libre choix par les consommateurs de leurs fournisseurs[1628]. Cette définition a été reprise dans les décisions postérieures de la Cour de justice Suiker Unie en 1975[1629], « Pâte de bois » en 1993[1630] et Anic en 1999[1631].

[1623] A titre d'exemple, voir CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 14 avril 2016, RG n°2015/01855, stés Graham & Brown France SARL et Graham & Brown Limited et a. dans l'affaire des papiers peints (statuant sur le recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2014, n° 14-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France), arrêt ayant fait l'objet d'une cassation partielle sur le montant des sanctions infligées par Cass Com novembre 2017, pourvois n°16-17226 et n°16-17330, inédit

[1624] J.-B. Blaise, « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 2000 - 2001 », RTD Eur. 2002 p.339, pt 137

[1625] CJCE 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c/ Commission, Recueil 1972 - 00619, pt 64

[1626] *Ibid.*., pts 65 et 66

[1627] *Ibid.*., pt 66

[1628] *Ibid.*., pt 67

[1629] CJCE 16 décembre 1975, aff. jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 11, 113 et 114/73 et a., Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" et a. c/ Commission, Recueil 1975 - 01663, pts 26-27 p.1916

[1630] CJCE 31 mars 1993, aff. jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö et a. c/ Commission, Recueil 1993 I 01307, pt 63 p.1599

[1631] CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Commission c/ Anic Partecipazioni SpA, Recueil 1999 - I – 04125, pt 115 et suivants p.4202

343. Définition de la pratique concertée retenue par la Commission. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales, s'inscrivant dans la continuité directe de la jurisprudence évoquée, précisent que « *la notion de pratique concertée vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence* »[1632]. Un échange d'informations peut constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude sur le marché[1633]. Un tel cas de figure est probable lorsque les informations échangées sont des données stratégiques[1634]. L'appréciation de l'échange d'informations protégées par le droit de la concurrence dépend alors de l'identification des données communiquées et des conséquences de leur échange sur la politique des opérateurs.

Tout rapprochement de politique n'est pas constitutif de pratique concertée et la limite peut parfois être délicate à établir[1635]. Si les contacts, directs ou indirects, entre agents afin d'influencer les comportements sur le marché sont prohibés[1636], il est en revanche admis qu'une entreprise puisse s'adapter intelligemment aux contraintes du marché[1637] sans pour autant prendre part à des agissements anticoncurrentiels. En conséquence, la qualification de pratique concertée nécessite de vérifier qu'il n'existe pas d'explication tenant à la structure et au fonctionnement du marché à l'origine du parallélisme de comportements constatés[1638]. Dans une telle hypothèse, la Cour de justice soumet la qualification d'une pratique concertée à la démonstration d'une concertation entre entreprises, d'agissements sur le marché faisant suite à ladite concertation et d'un lien de causalité entre ces deux événements[1639]. Pour cela, la Cour de justice a posé une présomption qui consiste à considérer que les entreprises actives sur le marché, ayant participé à la concertation, tiennent compte des informations échangées[1640]. Il s'agit d'une présomption simple qui supporte la preuve contraire. La

[1632] Communication de la Commission concernant les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, n° 2011/C 11/01 du 14 janvier 2011, pt 60
[1633] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 61
[1634] Voir *infra* n°371
[1635] S. Poillot-Peruzzetto, obs. sous CJCE 28 mai 1998, J. Deere Ltd/ Commission, aff. C 7/95, RTD Com. 1998 p.986
[1636] CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic, précité, pt 117
[1637] *Ibid.*. ; voir également L. Idot, « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 1er juillet 1997 - 31 décembre 1998 », RTD Eur. 1999 p.111
[1638] CJCE 16 décembre 1975, "Suiker Unie", précité, pt.173 p.1942 et CJCE 31 mars 1993, « Pâte de bois », précité, pt 126-127 p.1613-1614 ; voir également les observations de Ch. Bolze, Comm de CJCE 31 mars 1993, aff. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116 et 117/85, C-125 à 129/85, « Pâtes de bois », RTD Com. 1994 p.610
[1639] CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic, pécité, pt 118
[1640] *Ibid.*, pt 121

démonstration d'une telle preuve est toutefois particulièrement délicate dès l'instant où les opérateurs restent actifs sur le marché, sauf à ce qu'ils fassent une annonce publique indiquant qu'ils ne prennent pas en considération les données communiquées[1641]. Un auteur[1642] propose à cet égard que la présomption voit son champ d'application limité et ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse de réunions régulières. Une telle circonscription de la portée de la présomption en permettrait une application mesurée. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la Cour de justice qui fait valoir qu'une prise de contact unique peut suffire à établir une pratique concertée dès lors que les participants ont eu le loisir de tenir compte des données communiquées pour adapter leur comportement sur le marché[1643]. Cette vision particulièrement sévère doit encourager les opérateurs économiques à la prudence.

344. Réciprocité de la pratique concertée. La question s'est posée de savoir si la prise en compte des informations transmises devait se traduire par une forme de réciprocité de la concertation. Le Tribunal de première instance, dans une décision Cimenteries[1644] du 15 mars 2000, insiste sur la condition de réciprocité[1645], en considérant qu'elle est satisfaite lorsque « *la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futurs sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins, acceptée par le second* »[1646]. L'attitude du bénéficiaire de l'information ne doit pas être totalement passive[1647]. Evoluant

[1641] J.-B. Blaise, « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 2000 - 2001 », précité, pt 152-153, citant notamment TPICE 12 juillet 2001, Tate & Lyle plc, British Sugar plcet Napier Brown & Co. Ltd c/ Commission, aff. jointes T-202, 204 et 207/98, Recueil 2001 - II – 2035, pt 65 (pourvoi rejeté par CJCE 29 avril 2004, aff. C-359/01, Recueil 2004 I 04933)
Cependant, dans un arrêt un peu antérieur, le TPI avait précisé que l'adhésion à la p

[1642] M. Chagny, « Echange d'informations dans la téléphonie mobile : un vent de rigueur ? Nouvel épisode … communautaire », précité

[1643] CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV et a. c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Recueil 2009 - I – 04529, pt 59 à 62 ; E. Broussy, F. Donnat et Ch. Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire », AJDA 2009 p.1535 ; C. Priéto, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2010, chron. 3 ; G. Decocq, « L'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée », ccc n°7 juillet 2009, Comm. n° 197 ; L. Idot, « Entente et échanges d'informations », Europe n° 8-9, Août 2009, Comm. 323 ; P. Wilhelm et E Provost, « La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis », rlda n°41, août-septembre 2009, Actualités – Eclairage Droit économique, n°2481 p.45

[1644] TPICE 15 mars 2000, aff. jointes T-25/95, T-26/95, T-30 à 32/95, T-34 à 39/95, T-42 à 46/95, T-48/95, T-50 à 65/95, T-68 à 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95, T- Cimenteries CBR e. a. c/ Commission, Recueil 2000 - II - 00491, pt 1849 : « *la notion de pratique concertée suppose l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité* »

[1645] Voir également les Conclusions de l'Avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992 dans les affaires jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116 et 117/85, C-125 à 129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö et a. dite « Pâte de bois », pts 170 à 175

[1646] *Ibid.*.

[1647] TPICE 15 mars 2000, aff. T-25/95 et a., T- Cimenteries CBR e. a. c/ Commission,, précité, pts 1849 et 3443-3444 ; voir également J.-B. Blaise, « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 2000 - 2001 », précité, pt 146

vers une appréciation particulièrement large de la réciprocité, le Tribunal[1648] admet l'année suivante que « *la seule réception d'informations relatives au comportement futur de leurs concurrents sur le marché* » est suffisante pour caractériser un échange anticoncurrentiel si elle réduit le degré d'incertitude nécessaire au bon fonctionnement du marché. Il en résulte une présomption d'acceptation de l'information[1649] par sa seule réception. Il est possible de s'interroger sur l'intérêt d'une réciprocité si largement entendue. Elle permet, à notre sens, de signifier la réalité de la concertation, qui la distingue de l'annonce unilatérale d'un opérateur.

345. Pratique concertée et perte d'autonomie. La coordination et la coopération entre entreprises dans le cadre d'une pratique concertée ne signifient pas que les entreprises procèdent à l'élaboration commune d'une action conjointe mais doivent être appréciées à l'aune de l'exigence du traité selon laquelle chaque opérateur doit déterminer sa ligne de conduite de manière autonome[1650]. En d'autres termes, une pratique concertée se traduit par un parallélisme de comportements réduisant à néant l'autonomie décisionnelle des opérateurs. La perte d'autonomie est l'élément déclencheur d'une sanction de l'échange d'informations protégées. La Cour de justice ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle précise que « *l'échange d'informations entre concurrents est susceptible d'être contraire aux règles de la concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises* »[1651]. La diminution ou la suppression du degré d'incertitude signifie un fonctionnement prévisible du marché et donc une autonomie réduite, voire inexistante, des entreprises dans l'élaboration de leurs décisions. Il convient en conséquence de s'interroger sur le point de savoir si la pratique concertée ne peut être sanctionné qu'après la mise en exergue de ses effets anticoncurrentiels ou si la constatation d'un objet anticoncurrentiel suffit.

[1648] TPICE 12 juillet 2001, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Tate & Lyle plc, British Sugar plc et Napier Brown & Co. Ltd, Recueil 2001 - II - 02035, pt 58

[1649] J. Michel, « Les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence », thèse sous la direction de G. Jazottes, soutenue le 18 novembre 2015 à l'université de Toulouse I Capitole

[1650] CJCE 16 décembre 1975, « Suiker Unie », précité, pt.173 p.1942, CJCE 14 juillet 1981, aff. C-172/80, Züchner, Recueil 1981 - I - 02021, pt 13 ; CJCE 31 mars 1993, « Pâte de bois », précité, pt 63 p.1599 ; CJCE 4 juin 2009 « T-Mobile », précité, pt 32

[1651] CJCE 4 juin 2009, affaire C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, précité, pt 35

346. La Cour de justice admet qu'une pratique concertée puisse être sanctionnée indépendamment d'effets anticoncurrentiels[1652], en relevant qu'« *une pratique concertée (...) relève de l'article 85, paragraphe 1, du traité, même en l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché* »[1653]. Un auteur en conclut que « *la pratique concertée a donc en soi un objet anticoncurrentiel* »[1654]. Nous sommes réservés sur cette affirmation qui rend l'objet de la pratique interdépendante de sa forme. Il nous semble à l'inverse que l'objet anticoncurrentiel doit être démontré expressément et qu'il ne résulte pas de la qualification même de pratique concertée. La preuve de l'objet anticoncurrentiel peut en revanche être rapportée par un faisceau d'indices, comme le suggère le même auteur, sans qu'il soit besoin de caractériser d'effet anticoncurrentiel concret de la pratique concertée sur le marché[1655].

347. Pratique concertée et objet anticoncurrentiel. Une interprétation restrictive voudrait qu'une pratique concertée ne puisse avoir un objet anticoncurrentiel que si son objectif est l'un de ceux énumérés par l'article 101 TFUE, c'est-à-dire la fixation de prix, le contrôle de la production, la répartition de marché[1656]. La Cour de justice n'a toutefois pas suivi cette voie en considérant que l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée n'est pas limité aux hypothèses évoquées par l'article 101 TFUE mais peut être plus largement entendu dès lors que la pratique est concrètement en mesure de fausser la concurrence, la question de la réalité des effets n'étant dans ce cas abordée qu'au stade de l'évaluation de la sanction[1657]. Ainsi, dans l'affaire T-mobile[1658], elle a explicitement considéré qu'une pratique concertée avait un objet anticoncurrentiel si elle était « *susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun* »[1659]. En conséquence, s'il n'est pas nécessaire de démontrer les effets réels d'une telle pratique, preuve

[1652] CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Commission c/ Anic Partecipazioni SpA, Recueil 1999 - I – 04125, pts 122 et 126
[1653] *Ibid.*. spécifiquement pt 122
[1654] C. Prieto, « Condamnation du cartel de la téléphonie mobile : satisfaction en demi-teinte », JcpG n° 37, 12 Septembre 2007, II 10153
[1655] *Ibid.*.
[1656] A. Lacresse et D. Ferré, « L'arrêt Toshiba de la CJUE : l'objet ne fait plus effet », rlc n°58, février 2017, Éclairage, n°3127 p.18, commentaire de CJUE, 20 janv. 2016, aff. C-373/14 P, Toshiba c/ Commission
[1657] CJCE 4 juin 2009, affaire C-8/08, T-Mobile, précité, pt 31 *in fine*, « *La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts* »
[1658] CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile, précité
[1659] *Ibid.*, pt 31

doit être rapportée de la faculté concrète du comportement litigieux d'entraver le jeu de la concurrence[1660].

L'arrêt Toshiba[1661] précise à cet égard que « *certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence* »[1662]. Lorsque la nature ou l'expérience ne suffisent pas à illustrer l'objectif anticoncurrentiel de l'accord, l'examen de la teneur de ses dispositions, de ses objectifs ainsi que du contexte économique et juridique doit permettre de déterminer si la concurrence est atteinte[1663]. Cette appréciation « en amont » permet de sanctionner les pratiques dont la « nature » est nuisible pour la concurrence, indépendamment de leurs effets.

B/ L'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations protégées

348. La perception européenne de l'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations. Un échange d'informations protégées peut être qualifié de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel et tomber sous le coup de la prohibition de l'article 101 TFUE dès lors qu'il a pour conséquence la diminution de l'incertitude inhérente à une concurrence loyale sur le marché[1664]. Cette approche très large a pu être critiquée pour sa difficulté à être mise en pratique[1665]. Deux types de précisions ont été apportés à cette définition de l'objet anticoncurrentiel. En premier lieu, la Cour de justice, après avoir considéré que certaines formes de collusion étaient nuisibles à la concurrence par leur nature intrinsèque[1666], a précisé dans ses décisions T-mobile[1667] et Dole[1668] qu': « *il y a lieu de considérer comme ayant un*

[1660] M. Chagny, « Echange d'informations dans la téléphonie mobile : un vent de rigueur ? Nouvel épisode … communautaire », cce n°11, novembre 2009, Comm. 101
[1661] CJUE, 20 janvier 2016, aff. C-373/14, Toshiba c/ Commission, citant CJUE 14 mars 2013, aff C‑32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. Et et a. c/ Gazdasági Versenyhivatal, points 34 à 36, et CJUE 11 septembre 2014, aff. C-67/13, Groupement des cartes bancaires (CB) c/ Commission
[1662] CJUE, 20 janvier 2016, aff. C-373/14 P, Toshiba c/ Commission, précité, pt 26
[1663] A. Lacresse et D. Ferré, « L'arrêt Toshiba de la CJUE : l'objet ne fait plus effet », précité
[1664] M. Chagny, « Echange d'informations dans la téléphonie mobile : un vent de rigueur ? Nouvel épisode … communautaire », précité
[1665] L. Idot, « Entente et échanges d'informations », Europe n° 8-9, Août 2009, comm. 323
[1666] CJCE 20 novembre 2007, aff. C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, pt 17
[1667] CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile, précité, pt 41
[1668] CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe c/ Commission, publié au recueil numérique, pt 122 ; obs. de G. Decocq, « Un échange d'information peut être une infraction par objet », ccc n°5, mai 2015, Comm. 125 ; obs. de C. Robin, « Échange d'informations, restriction de concurrence par objet et présomption d'influence du comportement sur le marché - CJUE, 19 mars 2015, aff. C-286/13 P, Dole Food Company et a. c/ Commission, EU:C:2015:184 », rlc Juillet - Septembre 2015 n°44, Commentaire n°2798 p.34

objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer les incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, l'ampleur et aux modalités de l'adaptation du comportement sur le marché que les entreprises concernées vont mettre en œuvre ». En d'autres termes, la communication de la date, de l'ampleur, voire du contenu de la politique suivie par un opérateur a un objet anticoncurrentiel. En second lieu, la Commission a expressément détaillé aux points 72 à 74 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontales[1669] les hypothèses dans lesquelles les échanges d'informations protégées sont considérés comme des restrictions de concurrence par objet. S'il est requis que la Commission examine le contexte juridique et économique de l'échange d'information pour statuer sur son éventuel objet anticoncurrentiel, il est nettement perceptible que certains échanges n'ont guère de chance de trouver grâce à ses yeux. Les échanges portant sur des données individualisées concernant, soit les prix futurs[1670], soit les quantités envisagées, sont ainsi réputés constitutifs d'une restriction de concurrence par objet[1671]. Ils doivent être considérés comme des ententes, pour lesquelles la Commission estime qu'il n'existe pas de possibilité d'exemption individuelle. La probabilité d'une réunion des conditions de l'article 101 paragraphe 3 est en effet quasiment nulle dans ce cas[1672] dans la mesure où il semble plus qu'incertain que des restrictions portant sur des prix ou des quantités futures puissent être considérées non seulement comme indispensables mais également comme ne donnant pas la possibilité d'éliminer la concurrence. La liberté des agents économiques de recourir à des échanges d'informations s'en trouve très nettement restreinte[1673].

Certains auteurs[1674] ont pu regretter qu'une telle qualification de restriction de concurrence par objet, avec ce qu'elle emporte comme renversement de la charge de la preuve[1675], résulte de simples lignes directrices, échappant au contrôle du Parlement européen et du Conseil. Il nous semble au contraire intéressant que ces indications trouvent leur origine dans un texte de

[1669] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées
[1670] Même seulement indicatifs cf CA Paris Pôle 5 - Chambre 7, 19 juillet 2018, RG n° 16/01270, société Chronopost S.A.S. et a., spéc. pts 564 et suivants ainsi que pts 585 et suivants
[1671] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, précitées, pt 74 ; voir également V. Lorieul et P. Wilhelm, « Etude du Nouveau Paquet Restrictions Horizontales », ccc n°3, mars 2011, étude n°4 p.7 : « *Les lignes directrices adoptent d'emblée une position stricte en considérant que les échanges d'informations entre concurrents de données individualisées concernant les prix ou les quantités futurs ont pour objet de restreindre la concurrence*. »
[1672] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 74
[1673] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n° 4, 27 Janvier 2011, 1052
[1674] *Ibid.*.
[1675] La Commission étant alors déchargée de l'obligation de démontrer la réalités d'effets anticoncurrentiels sur le marché

soft law, permettant une certaine souplesse dans l'interprétation et susceptible d'évolution avec l'usage et les retours d'expérience sur lesdites lignes directrices, comme la Commission les requiert lors des révisions de ces textes. De surcroît, la position de la Commission retient les mêmes exclusions, quel que soit le type d'accord en cause dès qu'ils concernent certaines : lorsque sont divulguées des informations protégées relatives aux prix ou quantités futurs, l'accord, même d'importance mineure[1676], doit être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel.

349. Restriction par objet et définition du prix. S'il apparaît nettement que les informations relatives au prix doivent être manipulées avec précautions, une question s'est posée quant à l'objet du prix en cause. S'agit-il du prix au consommateur final ou la notion de prix doit-elle être entendue plus largement ? L'affaire « Dole » apporte des compléments précieux dans cette réflexion ainsi que plus largement sur la notion d'échange d'informations constitutif de pratique concertée.

350. L'affaire « Dole » en première instance. Dans cette espèce, les entreprises actives sur le marché de la banane avaient coordonné les prix des fruits par le biais de « communications bilatérales de pré-tarification ». En première instance, le Tribunal de l'Union européenne[1677] avait constaté que les communications litigieuses constituaient une pratique concertée et que, concernant le prix des bananes, elles avaient permis aux entreprises parties à l'échange d'informations de déterminer leur comportement en écartant le risque de concurrence[1678], peu important le nombre de réunions. En effet, les entreprises avaient dévoilé à leurs concurrents lors de discussions bilatérales la ligne de conduite envisagée, permettant aux participants d'anticiper les prix de référence choisis par les concurrents. Les échanges d'informations avaient eu pour conséquence de réduire l'incertitude entourant la fixation des prix futurs[1679], constituant par là même une pratique anticoncurrentielle. Le fait qu'il s'agisse de prix de référence n'a pas été de nature à écarter la qualification de pratique anticoncurrentielle dans la mesure où les prix réels sont parfois directement liés aux prix de référence et qu'en tout état de cause, les prix de référence servent d'indicateurs d'évolution des prix sur le marché[1680].

[1676] Voir *supra* n°302 et suivants
[1677] TUE, 14 mars 2013, aff. T-588/08, Dole Food Company, Inc. et Dole Germany OHG, voir également TUE, 14 mars 2013, aff. T-587/08, Frash Del Monte Produce Inc. (FDMP)
[1678] G. Decocq, « Un échange d'informations peut être qualifié d'*infra*ction par objet », ccc n° 6, Juin 2013, comm. 137
[1679] *Ibid.*.
[1680] *Ibid.*.

Le Tribunal apporte par ailleurs une précision intéressante en indiquant qu'une pratique concertée peut être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel même s'il n'a pas pour objectif de restreindre la concurrence[1681]. Il n'est ainsi pas requis de la Commission qu'elle démontre l'intention des participants pour établir l'infraction. L'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations est apprécié objectivement et indépendamment de ses effets réels sur le marché[1682]. Cet élément peut en revanche être pris en compte lors de la fixation du montant de l'amende. L'appréciation de l'objet anticoncurrentiel[1683] de l'échange d'informations protégées est effectuée au regard des caractéristiques du marché. Le Tribunal retient en rappelant l'arrêt Asnef-Equifax[1684] que si l'offre est atomisée, la diffusion et l'échange d'informations entre concurrents peuvent être neutres, voire positifs, pour la nature compétitive du marché. En revanche, si l'offre est fortement concentrée, l'échange de certaines informations peut permettre de connaître la stratégie commerciale de leurs concurrents, faussant la rivalité sur le marché[1685]. La décision du Tribunal ayant fait l'objet d'un recours devant la Cour de justice[1686], celle-ci a pu confirmer différents aspects de la décision de première instance.

351. L'affaire « Dole » devant la Cour. La Cour approuve l'analyse du Tribunal considérant que l'absence de lien direct entre l'objet de la pratique concertée et les prix à la consommation est sans incidence sur la qualification d'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations litigieux[1687]. L'article 101 paragraphe 1 TFUE (anciennement 81 paragraphe 1) dispose à cet égard que sont interdites toute pratique concertée consistant à « *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* ». En d'autres termes, il ne résulte aucunement du Traité une exigence selon laquelle la fixation des prix concerne les prix aux consommateurs. Bien au contraire, dès l'instant où l'échange d'informations vise les conditions de transaction, la pratique peut être sanctionnée au regard de la prohibition des ententes. La Cour précise également qu'il « *y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des*

[1681] *Ibid.*.
[1682] L. Idot, « *Infra*ction unique et continue et échanges d'informations », Europe n° 5, Mai 2013, comm. 217
[1683] Comme des effets anticoncurrentiels
[1684] CJCE 23 nov. 2006, aff. C-238/05, Asnef-Equifax
[1685] L. Idot, « *Infra*ction unique et continue et échanges d'informations », précité
[1686] CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe c/ Commission
[1687] G. Decocq, « Un échange d'informations peut être une *infra*ction par objet », ccc n° 5, Mai 2015, comm. 125, voir également CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe c/ Commission, pts 122 et 123

incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation du comportement sur le marché que les entreprises concernées vont mettre en œuvre ». En réduisant pour les concurrents l'incertitude sur le comportement des autres opérateurs économiques, les échanges d'informations sur les conditions de prétarification, ont « *abouti à des conditions de concurrence ne correspondant pas aux conditions normales du marché et ont donc donné lieu à une pratique concertée ayant pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 du Traité CE* »[1688].

La Cour rappelle à ce propos la présomption[1689] établie dans l'arrêt Anic selon laquelle les entreprises qui participent à la concertation tiennent compte des données échangées pour déterminer leur comportement sur le marché[1690]. L'argument de la requérante selon laquelle les communications étaient le fait de salariés qui n'étaient pas ensuite responsables de la fixation des prix de référence et qu'elles concernaient seulement des tendances ne suffit pas à renverser la présomption. es conditions pour renverser cette présomption paraissent particulièrement difficiles à rassembler, sauf à produire un communiqué, dénonçant par là-même l'existence de l'échange d'informations.

Dans la droite ligne de l'arrêt T-Mobile[1691], la Cour insiste sur le fait que l'objectif des règles de concurrence et particulièrement de l'article 101 paragraphe 1 TFUE est de *« protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle* »[1692]. Il est ainsi nettement perceptible qu'en matière d'échange d'informations, l'élément primant sur toute autre considération est la préservation de la concurrence, la liberté d'entreprendre des participants à un tel échange étant réduite à la portion congrue[1693]. Cette stigmatisation de la communication des informations relatives au prix s'explique par leur caractère extrêmement nocif pour la concurrence[1694], les agents économiques agissant alors de manière coordonnée et non plus indépendante. Elle se retrouve également dans la jurisprudence française.

[1688] G. Decocq, « Un échange d'informations peut être une *infra*ction par objet », ccc n° 5, Mai 2015, comm. 125

[1689] C. Robin, « Échange d'informations, restriction de concurrence par objet et présomption d'influence du comportement sur le marché - CJUE, 19 mars 2015, aff. C-286/13 P, Dole Food Company et a. c/ Commission, EU:C:2015:184 », rlc Juillet - Septembre 2015 n°44, Commentaire p.34 n°2798

[1690] CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc., précité, pt 127

[1691] CJCE 4 juin 2009, aff. C8-08, T-Mobile Netherlands BV, précité

[1692] CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc., précité, pt 125 ; également L. Idot, « Échanges d'informations et restriction par objet », Europe n° 5, Mai 2015, comm. 188

[1693] Elle n'est en effet favorablement perçue qu'à partir du moment où l'échange d'informations apporte des gains d'efficacité qui prévalent les éventuelles atteintes à la concurrence, hypothèse par essence exclue dans le cas d'une restriction de concurrence par objet

[1694] Systématiquement sanctionné par les autorités de concurrence

352. La perception française de l'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations. Dans l'affaire des papiers peints, la cour d'appel de Paris[1695] suit le raisonnement de l'Autorité de la concurrence[1696] ayant sanctionné des entreprises ayant échangé des informations concernant un taux global de hausse tarifaire. Les sociétés avaient réfuté cette mise en cause en faisant valoir que les informations échangées ne pouvaient influencer le comportement d'un opérateur économique, du fait de leur caractère global, théorique ou agrégé, sans indication individualisée sur les conditions commerciales pratiquées ou leur application aux produits ou familles de produits. De plus, aucun alignement des prix n'avait été constaté[1697]. Toutefois, l'Autorité de la concurrence, approuvée par la cour d'appel de Paris, a estimé que l'échange d'informations portait sur des « *déterminants des prix futurs »,* et devait être considéré comme une restriction de concurrence par objet, peu important qu'il n'ait pas été suivi d'un accord de fixation des prix. Dans une telle hypothèse, nul besoin de démontrer que la concurrence s'était réellement trouvée empêchée, restreinte ou faussée. La seule condition pour sanctionner un tel accord était la démonstration de la perte d'autonomie des opérateurs.

353. Compte tenu du caractère « *confidentiel et stratégique* »[1698] des informations échangées, quand bien même elles consisteraient en un taux global de hausse tarifaire et non de hausses envisagées par produit ou familles de produits, la cour d'appel et l'Autorité de la concurrence ont jugé que ces données « *étaient susceptibles par définition d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les concurrents et qu'elles permettaient l'identification des stratégies individuelles de ceux-ci* »[1699]. En effet, « *en échangeant des informations sur leurs prévisions tarifaires, les sociétés en cause p[ouvaient] tenir compte de ces informations pour déterminer la limite supérieure de hausse qui pourrait être jugée acceptable par les distributeurs sur le marché concerné* »[1700]. Autrement dit, par cet échange d'informations, les

[1695] CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 14 avril 2016, RG n°2015/01855, stés Graham & Brown France SARL et Graham & Brown Limited et a.
[1696] Aut. Conc. 22 décembre 2014, décision n°14-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France, précité
[1697] Y. Utzschneider et C. Mussi « Échanges d'informations et *infra*ction par objet » - Commentaire de l'arrêt rendu par CA Paris pôle 5, ch 5-7 du 14 avril 2016 n° 2015/01855 AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.351
[1698] Le caractère secret étant considéré comme un élément aggravant cf Adlc 22 décembre 2014, décision n°14-D-20 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du papier peint en France, précité, pt 258 ; voir également F. Venayre, « Objet vs. Effet anticoncurrentiel dans le traitement des échanges d'informations », rlc avril-juin 2015 n°43, Pratiques anticoncurrentielles n°2726, p.11
[1699] CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 14 avril 2016, RG n°2015/01855, stés Graham & Brown France SARL et Graham & Brown Limited et a.
[1700] *Ibid.*.

concurrents réduisaient à néant l'incertitude nécessaire à un fonctionnement normal du jeu de la concurrence.

La notion d'échange d'information sur les prix futurs est de surcroît entendu largement dans cette espèce où un simple taux de hausse global est jugé suffisant pour caractériser une restriction par objet, susceptible de supprimer l'autonomie des opérateurs sur le marché. Cette vision, sévère[1701], s'inscrit dans une logique où la préservation de la concurrence surpasse toute autre considération, y compris celles relatives à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre des parties à l'accord. Un échange concernant des prix futurs, quelle que soit la forme des données transmises à cette fin, vise des informations protégées stratégiques et confidentielles qui ne doivent pas être communiquées. On ne saurait en conséquence trop conseiller aux agents économiques de bannir de leurs échanges toute allusion à des prix ou quantités futurs[1702], fût-elle évoquée de manière globale ou agrégée. Aucune divulgation de ce type d'information ne peut trouver grâce aux yeux des autorités de concurrence. Elles considèrent de surcroît que l'échange de telles informations sera nécessairement pris en compte par les entreprises qui verront leur autonomie d'action réduite sur le marché. Un tel postulat qui aboutit à réduire considérablement la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des entreprises, ne paraît pas pouvoir être remis en cause.

S'agissant de l'échange d'autres types de données qui n'auraient pas pour objectif d'éliminer l'autonomie des opérateurs sur le marché, il doit être examiné au regard de ses conséquences sur le marché afin de déterminer s'il engendre des restrictions de concurrence par effet. Ainsi « *les échanges portant sur d'autres types d'informations doivent (...) faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, les résultats de cette analyse étant fonction, d'une part, des conditions économiques prévalant sur les marchés en cause et, d'autre part, des caractéristiques des informations échangées* »[1703].

[1701] Qui ne correspond pas de surcroît à la réalité des faits, aucun alignement des prix n'ayant été constaté à la suite de cet échange

[1702] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n° 4, 27 Janvier 2011, 1052

[1703] *Ibid.*.

§2. Echange d'informations protégées et restriction par effet

354. Un échange d'informations protégées n'est pas, en soi, constitutif d'une pratique anticoncurrentielle[1704]. En application de l'article 101 paragraphe §1 TFUE, le droit de la concurrence peut appréhender les échanges d'informations s'ils ont, alternativement, un objet ou des effets anticoncurrentiels[1705]. Selon un auteur, « *lorsque les accords n'ont pas pour dessein une pratique anticoncurrentielle, ils sont sanctionnés lorsqu'ils ont pour effet de déséquilibrer le fonctionnement de la concurrence* »[1706]. Il convient en conséquence de s'interroger sur la caractérisation de ce déséquilibre dans le fonctionnement de la concurrence.

La jurisprudence fondatrice en ce domaine est constituée par les décisions du Tribunal de première instance[1707] et de la Cour de justice dans l'affaire John Deere[1708] concernant un échange d'informations portant sur les immatriculations de tracteurs anglais. Pour apprécier le caractère anticoncurrentiel de l'échange, différents éléments tenant aux informations elles-mêmes et à la structure du marché ont été examinés[1709]. En effet, lorsque l'information n'est pas liée aux prix ou aux quantités futures, aucune solution de principe ne peut être posée, « ni interdiction *per se*, ni autorisation *per se* »[1710]. Selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales s'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence, « *un échange d'informations aura ou non des effets restrictifs sur la concurrence en fonction des conditions économiques prévalant sur les marchés en cause, ainsi que des caractéristiques des informations échangées* »[1711]. Le déséquilibre dans le fonctionnement de la concurrence pourra donc être qualifié de pratique anticoncurrentielle à l'issue d'une analyse prenant en considération plusieurs séries de critères concernant, d'une part, la structure du marché (**A**) et, d'autre part, le type de données concernées (**B**), permettant de démontrer un effet anticoncurrentiel sur le marché (**C**).

[1704] Voir *infra*
[1705] CJCE 30 juin 1966, aff. C-56/65, LTM, Recueil 1966 – 00337, cité par CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile, précité, pt 28
[1706] M-A. Afchain, « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », JcpE n° 9, 1er Mars 2007, 1278
[1707] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, Recueil 199 - II - 957
[1708] CJCE 28 mai 1998 John Deere Ltd c/ Commission, aff. C-7/95, Recueil 1998 - I - 03111
[1709] C. Prieto, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2010, chron. 3
[1710] S. Poillot-Peruzzetto, obs sous CJCE 28 mai 1998, John Deere Ltd/ Commission, aff. C 7/95, RTD Com. 1998 p.986
[1711] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 75

A/ Echange d'informations protégées et structure du marché

355. Les caractéristiques du marché. Selon un auteur[1712], la première série de critères permettant l'analyse de la portée d'un échange d'informations concerne les caractéristiques du marché sur lequel se produit ledit échange : doivent être pris en considération la transparence et la concentration du marché, la complexité de son environnement, la stabilité des conditions de l'offre et de la demande et les « *caractéristiques homogènes des entreprises* ». L'étude du marché reprend successivement ces critères afin de mettre en exergue les conditions dans lesquelles un échange d'informations peut être anticoncurrentiel : sont alors examinés le « *faible nombre des acteurs, [la] stabilité de leurs positions, [l']homogénéité des produits et services offerts, [l']existence d'une structure de coût similaire, [de] fortes barrières à l'entrée* »[1713]. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales[1714] exposent que la probabilité d'une collusion est plus importante sur les marchés « *transparents* » (i), « *concentrés* » (ii), « *non-complexes* » (iii), « *stables* » (iv) *et* « *symétriques* » (v). Ces conditions, si elles constituent des indices notables, ne peuvent être considérées comme des exigences impératives. Un échange d'informations sur un marché dénué de l'un ou l'autre de ces caractères pourra également être qualifié d'anticoncurrentiel (vi).

i) Un marché transparent

356. Définition d'un marché transparent. Un marché transparent s'analyse comme un marché où les participants ont une connaissance exhaustive des facteurs significatifs, en particulier concernant la qualité des produits, les quantités et les prix, l'accès à ces informations étant gratuit et immédiat. L'appréciation de la transparence du marché consiste à évaluer la mesure dans laquelle les différents opérateurs du marché bénéficient d'une information détaillée de sa structure, étant précisé que « *le coût d'acquisition de l'information reflète alors le degré de transparence du marché* »[1715]. L'échange d'information doit être apprécié au regard de ses conséquences sur la transparence du marché envisagée à la fois préalablement à l'échange et postérieurement à celui-ci. Si l'examen des conséquences de la

[1712] P. Wilhelm, « Les échanges d'information » - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011, rlc octobre-décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

[1713] E. Sabathié, « L'échange d'informations confidentielles entre oligopoleurs : une entente prohibée par la Cour d'appel de Paris », Recueil Dalloz 2007 p.198

[1714] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 77

[1715] OCDE Direction Des Affaires Financieres Et Des Entreprises - Comite de la concurrence 2-Oct-2007, table ronde sur les pratiques de facilitation dans le cadre des oligopoles

communication des données fait apparaître une augmentation notable de la transparence du marché, l'échange d'information sera susceptible d'engendrer un effet anticoncurrentiel[1716]. Il convient à cet égard de préciser que l'augmentation de la transparence n'a pas le même impact selon le nombre d'entreprises présentes sur le marché et l'intensité de la concurrence y régnant[1717].

357. Marché transparent et collusion. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales précisent qu'une « *collusion est davantage susceptible de se produire sur des marchés transparents* »[1718]. En augmentant la transparence sur un marché, les échanges d'information permettent aux entreprises de coordonner leurs politiques commerciales[1719], facilitant une collusion entre concurrents. L'amélioration de la transparence du marché engendre en effet corrélativement une diminution de l'incertitude des variables stratégiques de la concurrence[1720]. Cette limitation de l'incertitude paraît de nature à restreindre la concurrence dans la mesure où elle s'accompagne d'un affaiblissement de l'autonomie des opérateurs[1721]. Un échange d'informations n'ayant que peu d'impact sur la transparence du marché sera moins susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels. A l'inverse, un échange augmentant de manière sensible l'information des agents économiques pourra être perçu comme restreignant la concurrence. Ce critère n'est toutefois pas suffisant à lui seul et il doit être apprécié en combinaison avec d'autres caractéristiques du marché, dont la plus importante est sans doute son degré de concentration.

ii) Un marché concentré

358. Le principe général retenu en matière de structure du marché pour qu'un système d'échange d'informations soit constitutif d'une pratique anticoncurrentielle est que l'offre ne doit pas avoir un caractère atomisé[1722]. La concentration du marché est donc un facteur

[1716] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere précité, pt 78 et CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere précité, pt 67-68
[1717] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12, relatif à la saisine de l'UIP précité, pt 55 citant Aut. Conc. 5 octobre 2006, avis n° 06-A-18, relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
[1718] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pts 65 à 70 et 78
[1719] sans pour autant aller jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite ou d'un plan commun.
[1720] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 78 : variables stratégiques telles que notamment les prix, la production, la demande, les coûts…
[1721] Voir *infra* n°385
[1722] CJCE 2 octobre 2003, aff. C-194/99, Thyssen Stahl AG c/ Commission des Communautés européennes, pt 86

fondamental, mais il n'est pas pour autant nécessaire que le marché soit un oligopole fortement concentré[1723]. Le marché doit seulement être suffisamment concentré[1724]. Deux éléments doivent être pris en compte dans l'appréciation de la portée de la concentration du marché au sein d'une analyse des effets restrictifs de concurrence d'un échange d'informations : le nombre total d'acteurs et le nombre de participants à la pratique.

359. Un faible nombre d'acteurs. S'agissant du nombre d'opérateurs sur le marché, les autorités de concurrence française et européenne sont particulièrement attentives dans le cas de marchés oligopolistiques étroits[1725], c'est-à-dire comprenant très peu d'acteurs, qu'il s'agisse d'une situation « naturelle » ou résultant de barrière à l'entrée[1726]. La Commission explique dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[1727] que ce type de marché est plus sujet à la mise en œuvre de collusion, dans la mesure où il est plus aisé pour un petit nombre d'entreprises de s'entendre sur des modalités de coordination et de contrôler les comportements déviants. Si la transparence sur un marché fortement atomisé n'est que peu susceptible de restreindre l'autonomie des opérateurs, il n'en va pas de même sur un marché oligopolistique. Sur un marché concurrentiel comprenant de nombreux acteurs, l'incertitude sur le comportement des concurrents perdure et l'autonomie de la volonté des opérateurs prime. A l'inverse, sur un marché fortement concentré[1728], des échanges d'informations entre les agents sont susceptibles d'altérer la concurrence, en particulier lorsque « *cette mise en commun régulière et rapprochée d'informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux* » [1729]. Dans une telle hypothèse, l'autonomie des opérateurs est considérablement réduite au préjudice de la concurrence. Les marchés oligopolistiques font en conséquence l'objet d'une attention spécifique des autorités de concurrence. Au sein de ces

[1723] CJCE 2 octobre 2003, aff C-194/99, Thyssen Stahl précité, pt 86
[1724] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere précité, pt 78 et CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95 John Deere, précité, pt 67-68
[1725] D. Flouzat et C. Pondaven, Economie contemporaine, t. 1, Les fonctions économiques : PUF, coll. Thémis, 19ème éd. 2004, p. 145 : « *un marché peut être qualifié d'oligopole quand le nombre de firmes dans une branche est si faible que chacune doit prendre en considération les réactions de ses rivales pour formuler sa politique de prix.* »
[1726] P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité : « *Un oligopole fermé est constitué, non seulement par un petit nombre de firmes, mais aussi par des barrières à l'entrée élevées qui rendent improbable l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché*.»
[1727] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 79
[1728] Comprenant également d'autres caractéristiques, et visant des informations spécifiques cf *infra*
[1729] E. Claudel, « Oligopole et échanges d'informations : et revoilà l'affaire de la téléphonie mobile ! », RTD Com. 2010 p.75

marchés, la question se pose de savoir si la participation de tous les agents est requise pour qualifier un échange d'informations de pratique anticoncurrentielle.

360. Une majorité d'acteurs parties prenantes. Concernant le nombre d'agents prenant part à l'échange, il importe de déterminer leur proportion. La Commission, dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, retient que pour qu'un échange d'informations puisse restreindre la concurrence, il est nécessaire que les agents économiques prenant part à l'accord couvrent « *une part suffisamment importante du marché en cause* »[1730]. La Commission ne propose pas en revanche de seuil déterminé pour qualifier cette part de marché « suffisamment importante » qui est intrinsèquement variable en fonction des spécificités de chaque marché et de chaque type d'échange[1731]. Le flou laissé à l'appréciation du caractère suffisant du marché concerné a pu conduire à s'interroger sur la nécessité pour la totalité des acteurs de prendre part à l'échange d'informations pour que celui-ci soit sanctionné[1732]. Outre qu'une telle interprétation extensive ne s'impose pas[1733] à la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007[1734], elle contreviendrait directement à la position européenne dans son arrêt John Deere[1735]. Il est préférable de considérer que l'intervention de tous les acteurs d'un marché constitue un facteur aggravant de la pratique[1736], ainsi que l'évoque la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 12 décembre 2006[1737].

En tout état de cause, si la proportion d'entreprises participant à l'échange est très importante, cela réduit d'autant la possibilité pour les entreprises ne participant pas à la pratique « *d'animer le jeu concurrentiel* »[1738], ce qui a pour corollaire une diminution de

[1730] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 87
[1731] *Ibid.*., pt 88
[1732] M. Chagny, « Les échanges d'informations dans la téléphonie mobile devant la Cour de cassation : à propos des éléments constitutifs de l'entente prohibée », cce n° 9, Septembre 2007, comm. 108
[1733] *Ibid.*.
[1734] Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10303, n°07-10354 et n°07-10397, Bull Civ IV n°181
[1735] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere LTD : Rec. CJCE 1994, II, p. 957. - CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere LTD : Rec. CJCE 1998, I, p. 3111
[1736] M. Chagny, « Haro sur les échanges d'informations entre concurrents ! Les opérateurs de téléphonie mobile sanctionnés par la cour d'appel de Paris », cce n° 2, Février 2007, comm. 26
[1737] CA Paris 1ère Chambre Section H 12 décembre 2006, Orange France SA et a., n° RG n°2006/00048, Jurisdata n°2006-317994
[1738] F. Venayre, « Licéité des échanges d'informations entre concurrents : une autorité de plus en plus régulatrice », rlc octobre-décembre 2012, n°33, Pratiques anticoncurrentielles p.18 n°2142 ; voir également Adlc 15 mai 2012, avis 12-A-12 relatif à la saisine de l'UIP, précité, pt 57 : « *l'équilibre collusif sur un marché peu concentré peut difficilement être mis en cause par des entreprises non participantes aux échanges d'informations si la majorité des entreprises, couvrant une part suffisamment importante du marché en cause,*

l'indépendance des opérateurs sur le marché. Autrement dit, dans le cas d'un oligopole étroit où la majorité des entreprises sont impliquées dans l'échange d'informations, il n'est pas possible pour les opérateurs restants, à supposer qu'il y en ait, de représenter des vecteurs de concurrence efficaces. Selon toute probabilité, ils seront contraints de s'aligner sur les comportements de la majorité des agents. La nature oligopolistique du marché est l'élément prépondérant dans l'appréciation de la structure du marché par les autorités de concurrence. Celles-ci prennent toutefois en considération d'autres éléments de nature à favoriser l'impact concurrentiel d'un échange d'information, tels que la complexité du marché ou sa stabilité.

iii) Un marché non complexe

361. Définition d'un marché complexe. Un marché complexe s'entend d'un marché comptant un grand nombre de produits différenciés, avec, par voie de conséquence, de nombreux prix distincts. Il est difficile pour les entreprises de parvenir à une collusion sur ce type de marché, dans la mesure il est plus compliqué de s'entendre sur des prix démultipliés.

362. Echange d'informations et simplification. Les échanges d'informations sont susceptibles de jouer un rôle important de simplification. La Commission, dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, estime que pour contourner la difficulté de parvenir à un accord sur une multiplicité de prix, les échanges d'informations peuvent être à l'origine de la fixation de prix de référence[1739]. La simplification provoquée par l'échange d'informations est alors de nature à diminuer l'autonomie des agents économiques, incités à suivre les règles de tarification simple plutôt que de tenter d'établir un prix concurrentiel dans un environnement complexe. En conséquence, les échanges d'informations sont susceptibles d'être appréhendés par le droit de la concurrence sur les marchés non-complexes dès l'origine ou sur des marchés complexes qui auraient bénéficié d'une certaine simplification à l'issue des échanges de données. Une logique similaire intervient dans l'appréciation de la stabilité du marché.

---

participent au système d'échanges anticoncurrentiels. Tel était le cas dans les affaires Wirtschaftsvereinigung Stahl - 16 des 20 entreprises du marché des produits plats participaient à l'échange, et les 4 premières représentaient la moitié de la production (Décision de la Commission du 26 novembre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA, aff. IV/36 069 Wirtschaftsvereinigung Stahl) et Thyssen Stahl - 12 des 19 entreprises actives sur le marché avaient pris part aux échanges d'informations par l'intermédiaire de la « Commission poutrelle » (Décision de la Commission du 16 février 1994, 94/215/CECA, Thyssen Stahl) ».

[1739] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 80

iv) Un marché stable

363. Environnement stable. L'instabilité du marché peut avoir plusieurs causes : une demande elle-même très instable, une forte croissance interne de certaines entreprises du marché ou l'entrée fréquente de nouvelles entreprises sur le marché[1740]… Dans ce contexte, il est délicat pour un opérateur économique de déterminer si la faiblesse de ses ventes est due à une demande également faible ou à l'action d'un concurrent qui proposerait les mêmes produits à un prix nettement plus bas[1741]. La mise en place d'une collusion est donc difficilement envisageable dans un tel environnement.

364. Marché stable et collusion. A l'inverse, sur un marché stable[1742], il est aisé de mettre en œuvre un résultat collusoire, car la coordination des entreprises s'inscrira dans un environnement globalement prévisible. Un auteur précise même qu'« *en théorie, la collusion pourrait se passer de communication dans un environnement stable ; les entreprises pourraient par exemple avoir recours à des accords de répartition de marché se fondant sur une base historique* » [1743]. Le Conseil de la concurrence, dans sa décision du 8 septembre 2004 sur les marchés publics de transports scolaires de la ville de Grasse, ne dit pas autre chose en faisant valoir qu'un équilibre peut perdurer sur un marché stable et transparent permettant à chaque opérateur de « *correctement prévoir le comportement de ses concurrents et vérifier la validité de sa prévision »*[1744].

365. Marché stable et échange d'informations. Dans certaines circonstances toutefois, un échange d'informations est nécessaire pour assurer la coordination, notamment lorsque la reproduction d'un accord passé est impossible du fait de changements sur le marché. Dès lors que l'information est imparfaite, « *les concurrents doivent échanger des informations pour pouvoir choisir la bonne stratégie. L'équilibre devient alors collusif* »[1745]. L'intérêt d'un

---

[1740] *Ibid.*. pt 81
[1741] *Ibid.*.
[1742] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere précité, pt 78 et CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, précité, pt 48 et 55 et suivants
[1743] Ph. Choné, « Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence », rlc, janvier-mars 2008 n°14, Perspectives – Colloque DGTPE – Concurrence – Les ententes tacites - Séance du jeudi 22 mars 2007, n°1044 p.197
[1744] Cons. Conc. 8 septembre 2004, décision 04-D-43 relative aux marchés publics de transports scolaires de la ville de Grasse, cité par Ph. Choné, « Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence », précité
[1745] *Ibid.*.

échange d'informations apparaît ici nettement : il augmente la stabilité du marché par une meilleure information des acteurs dont la portée est limitée par le maintien de l'autonomie des agents économiques. Tant que les opérateurs conservent leur autonomie, l'échange d'informations pourra être perçu favorablement par le droit de la concurrence. Cette autonomie viendrait-elle à s'amoindrir, l'échange d'informations sera susceptible de constituer une restriction de concurrence. L'apport d'informations supplémentaires est également sujet à discussion dans le cadre d'un marché symétrique.

v) Un marché homogène

366. Définition d'un marché homogène. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales précisent également que « *la probabilité d'une collusion est plus grande lorsque les marchés présentent une structure symétrique* »[1746]. La « symétrie » du marché évoquée par la Commission signifie concrètement que les coûts, demandes, parts de marché, gammes de produits, capacités de production…des entreprises sont homogènes[1747]. Dans ce cas, leurs incitations des opérateurs sont également alignées et une coordination apparaît plus probable. Les échanges d'informations sur un marché homogène sont en conséquence examinés avec plus de circonspection par les autorités de concurrence compte tenu du risque de collusion inhérent à cet environnement.

367. Echange d'informations et amélioration de la symétrie du marché. Cela ne signifie pas pour autant qu'un marché hétérogène soit exempt de tout risque. L'échange d'informations apparaît dans ce cas comme le moyen de favoriser la symétrie du marché. Les lignes directrices mentionnent à cet égard la possibilité pour les entreprises de « *prendre conscience de leurs différences [à travers l'échange d'informations leur permettant de] les aider à trouver le moyen de s'en accommoder dans le cadre de la coordination* »[1748]. Les échanges d'informations doivent ainsi être appréciées au regard du marché sur lequel ils interviennent, mais également dans une perspective plus prospective, en prenant en considération la manière dont ils font évoluer le marché au sein duquel ils prennent place.

[1746] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 82

[1747] *Ibid.*. ; voir également F. Venayre, « Licéité des échanges d'informations entre concurrents : une autorité de plus en plus régulatrice », rlc octobre-décembre 2012, n°33, Pratiques anticoncurrentielles p.18 n°2142

[1748] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 82

vi) L'évolution des caractéristiques du marché

368. Il ne faut pas comprendre l'ensemble des attributs du marché évoqués précédemment[1749] comme impératif pour la qualification d'un effet anticoncurrentiel de l'échange d'informations.

369. Modification des caractéristiques originelle du marché. La Commission, dans ses lignes directrices, précise qu'un échange d'informations peut faciliter une collusion en modifiant l'une des caractéristiques du marché[1750]. Comme nous l'avons mentionné, l'échange d'informations peut être à l'origine d'un renforcement de la transparence du marché ou d'une atténuation de sa complexité ou de son instabilité. Les conséquences d'un échange d'informations doivent alors être appréhendées, non seulement au regard des caractéristiques initiales du marché, mais encore de la manière dont ces éléments sont susceptibles d'être modifiés par la communication de données protégées.

Les particularités du marché sont autant d'indices d'un terrain favorable à des conséquences anticoncurrentielles d'un échange d'informations. La Commission exclut toutefois qu'un échange d'informations sur un marché dénué des caractéristiques précédemment évoquées[1751] ne puisse avoir des conséquences anticoncurrentielles. L'appréciation de la portée d'une divulgation de données ressort d'une casuistique prenant en considération de multiples facteurs. La structure du marché, si elle est primordiale, doit être appréciée en parallèle de l'analyse de la nature des informations, qui joue également un rôle considérable dans l'examen des répercussions de l'échange.

B/ Echange d'informations protégées et nature des données

370. Si les échanges d'informations sur les prix et les quantités sont considérés comme anticoncurrentiels[1752] par leur objet[1753], les autres types d'information doivent en revanche être appréciés à l'aune de leurs caractéristiques intrinsèques et de leurs conséquences sur le

[1749] Voir *supra* pts i) ii) iii) iv) et v)
[1750] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 77
[1751] Voir *supra* pts i) ii) iii) iv) et v)
[1752] F. Venayre, « Licéité des échanges d'informations entre concurrents : une autorité de plus en plus régulatrice », rlc octobre-décembre 2012, n°33, Pratiques anticoncurrentielles p.18 n°2142
[1753] Voir lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 73

marché. L'Autorité de la concurrence considère que « *tout échange d'informations stratégiques, confidentielles, récentes et suffisamment désagrégées, qui n'ont pas un caractère public et ne peuvent pas être obtenues par les entreprises autrement que par l'échange, sont susceptibles d'avoir un effet restrictif sur la concurrence* »[1754]. L'appréciation concurrentielle de l'échange d'informations passe en conséquence par l'examen des aspects stratégiques (i), confidentiels (ii), individualisées (iii) des informations communiquées ainsi que des particularités temporelles des données (iv) et des échanges (v).

i) L'échange de données stratégiques

371. Pour faire l'objet d'une appréhension par le droit de la concurrence, les informations communiquées doivent revêtir une importance décisive pour les entreprises. L'Autorité de la concurrence les décrit comme des « *informations qui ne sont pas publiques, qui sont difficiles à collecter et dont le coût d'acquisition est important* »[1755].

372. Qualification de donnée stratégique. Cette définition large ne permet pas de connaître de manière exhaustive les informations susceptibles d'être qualifiées de particulièrement sensibles. Un auteur reprenant une locution de la jurisprudence communautaire les décrit comme des données « *relatives au fonctionnement du marché* »[1756]. Faute d'un critère déterminant, de multiples types d'informations peuvent être concernés selon les caractéristiques du marché et des opérateurs. Cette casuistique ne facilite pas la tâche des agents dans l'évaluation des dangers d'une divulgation de leurs informations protégées. Concrètement, les informations stratégiques peuvent aussi bien concerner des données relatives aux clients, coûts de production, chiffres d'affaires, parts de marché[1757] que celles afférentes aux ventes, stratégies commerciales, éléments concernant les technologies utilisées ou programmes de recherche et développement[1758]. Elles ressortent tant des domaines financier et commercial que de la recherche. Le champ d'application d'une telle donnée ne connaissant *a priori* pas de limite, le caractère stratégique de l'information est perceptible à travers l'avantage octroyé par sa connaissance.

[1754] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12, relatif à la saisine de l'UIP, précité, pt 75
[1755] *Ibid.*., pt 62
[1756] M. Chagny, « Haro sur les échanges d'informations entre concurrents ! Les opérateurs de téléphonie mobile sanctionnés par la cour d'appel de Paris », cce n° 2, Février 2007, comm. 26
[1757] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12, relatif à la saisine de l'UIP, précité, pt 63
[1758] P. Wilhelm, Ph. Choné et Anne Perrot, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

373. Exemples. La cour d'appel de Paris indique dans son arrêt du 12 décembre 2006, en faisant référence à la jurisprudence communautaire John Deere[1759], que ce « *n'est pas la précision, mesurée en termes abstraits, des informations échangées [qui importe] mais bien le lien entre la nature de ces informations et la possibilité pour les opérateurs de surveiller l'impact de leur politique commerciale, et de celle de leurs concurrents, sur leurs ventes* » [1760]. Dans l'affaire des Palaces parisiens, la Cour d'appel de Paris[1761] a considéré que les données communiquées concernant le taux d'occupation, le prix moyen par chambre louée et le revenu moyen par chambre disponible étaient stratégiques dans la mesure où « *elles permettaient à chacun des membres de l'entente de connaître de manière précise les performances de ses concurrents* »[1762]. De la même manière, dans l'affaire de la téléphonie mobile, les statistiques échangées résumaient de manière simple l'effet de tarifs très complexes, cette information étant réservée aux opérateurs qui étaient alors à même de connaître leurs positions réciproques sur le marché. En augmentant la transparence du marché, l'échange de ces données a limité les incitations des entreprises à se faire concurrence.

Il en ressort que l'échange d'informations stratégiques ayant pour conséquence de diminuer l'incertitude des opérateurs sur leur politique commerciale et corrélativement leur intérêt à avoir un comportement concurrentiel sur le marché concerné[1763], il justifie un examen attentif des autorités de concurrence.

ii) L'échange de données confidentielles

374. Données stratégiques et confidentialité. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale ne mentionnent pas la confidentialité des données comme une exigence. Elles insistent toutefois sur leur caractère stratégique[1764] qui a pour corollaire le

[1759] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere, précité et CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere précité
[1760] CA Paris 1ère Chambre Section H 12 décembre 2006, Orange France SA et a., n° RG n°2006/00048, Jurisdata n°2006-317994
[1761] CA Paris 1ère Chambre Section H 26 septembre 2006, Le Bristol et a., RG n°2005/24285
[1762] E. Chevrier, « Un échange d'informations entre oligopoleurs peut, à lui seul, constituer une pratique anticoncurrentielle », Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 septembre 2006, RG n° 2005/24285, Recueil Dalloz 2007 p.198
[1763] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12, relatif à la saisine de l'UIP, précité, pt 62
[1764] Voir *supra* n°371

secret gardé sur ces informations. Il paraît en effet naturel pour une entreprise de ne pas divulguer de telles informations afin de conserver ou d'en obtenir un avantage concurrentiel. Dans certaines circonstances[1765] néanmoins, l'échange de ces données peut apparaître comme favorable à la concurrence. La Cour de justice fait en effet valoir que « *la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents* »[1766]. En d'autres termes, lorsque le marché est atomisé, l'augmentation de la transparence provoquée par l'échange d'informations engendre un renforcement de la concurrence.

375. Informations confidentielles et secrets d'affaires. Les informations stratégiques confidentielles peuvent être qualifiées de « secret d'affaires »[1767]. Elles ont alors pour caractéristique de n'être ni publiques, ni « *reconstituables* » à partir d'informations publiques[1768] mais se singularisent, à l'inverse, par leur confidentialité, c'est-à-dire non librement accessible[1769]. L'élément distinctif de ces informations réside dans leur difficulté d'obtention. Compte tenu de leur caractère secret, ces informations ne peuvent être connues

[1765] En particulier sur des marchés atomisés

[1766] CJCE 2 octobre 2003, aff. C-194/99, Thyssen Stahl AG c/ Commission des Communautés européennes, pt 84

[1767] Voir TPICE octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, pt 51 et 81 : « *S' agissant, en second lieu, de la nature des informations échangées, le Tribunal estime, d' une part, que les informations dont il s' agit, relatives notamment aux ventes effectuées sur le territoire de chacune des concessions du réseau de distribution, présentent bien, contrairement à ce que soutient la requérante, le caractère de secret d' affaires, ainsi d' ailleurs que les membres de l' accord, qui ont défini strictement les conditions dans lesquelles les informations reçues pouvaient être diffusées à des tiers, notamment aux membres de leur réseau de distribution, l' admettent eux-mêmes* » ; également CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, pt 89 : « *S' agissant, en second lieu, de la nature des informations échangées, le Tribunal estime, d' une part, que les informations dont il s' agit, relatives notamment aux ventes effectuées sur le territoire de chacune des concessions du réseau de distribution, présentent bien, contrairement à ce que soutient la requérante, le caractère de secret d' affaires, ainsi d' ailleurs que les membres de l' accord, qui ont défini strictement les conditions dans lesquelles les informations reçues pouvaient être diffusées à des tiers, notamment aux membres de leur réseau de distribution, l' admettent eux-mêmes* »

[1768] M. Chagny, « Haro sur les échanges d'informations entre concurrents ! Les opérateurs de téléphonie mobile sanctionnés par la cour d'appel de Paris », cce n° 2, Février 2007, comm. 26

[1769] Sur la définition des secrets d'affaires, voir *supra* n°64 et suivants

qu'à l'issue d'un échange volontaire[1770]. C'est cet échange de données et le renoncement volontaire à leur confidentialité qui caractérisent la pratique susceptible d'être appréhendée par le droit de la concurrence. Ainsi que l'énonce l'Autorité de la concurrence, « *le renoncement volontaire à des secrets d'affaires et leur transmission aux concurrents établissent l'accord de volonté, lequel constitue le fondement juridique de l'application du droit des ententes dans ce type d'affaires* »[1771]. Toutefois, l'échange d'informations confidentielles n'est pas interdit en soi. Il faut pour cela que la divulgation ait des conséquences sur le marché. La communication de secrets d'affaires est sanctionnée comme une infraction autonome[1772] si elle tend, en augmentant la transparence du marché, à créer un alignement de comportements[1773]. Celui-ci n'est possible que si la transparence accrue du marché permet de connaître les stratégies propres à chaque opérateur. Il importe pour cela que les données transmises soient suffisamment individualisées.

iii) L'échange de données individualisées

376. Notion d'individualisation des données. L'individualisation des données concerne à la fois leur objet ainsi que leur sujet : les informations stratégiques peuvent aussi bien être décomposées selon certains types de produits, offres commerciales, segments de clientèle, que viser certaines entreprises nominativement désignées[1774]. C'est ce second aspect qui fait l'objet d'un examen attentif des autorités de concurrence.

377. Identification de l'origine des données. Les autorités de concurrence ont une appréciation large de la personnalisation des données qui se traduit par l'absence d'exigence que le nom d'un concurrent soit expressément désigné. Un opérateur est considéré comme individualisé si les informations communiquées sont suffisamment explicites ou « *décodables* » [1775] pour permettre son identification compte tenu du marché[1776]. Cela signifie

[1770] OCDE Direction Des Affaires Financieres Et Des Entreprises - Comite de la concurrence 2-Oct-2007, table ronde sur les pratiques de facilitation dans le cadre des oligopoles, voir également [1770] V.Sélinsky, « Échanges d'informations », rlc octobre-décembre 2007 n° 13 – Actualités – pratiques anticoncurrentielles, n°896, p.22
[1771] Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations
[1772] CJCE 2 octobre 2003, aff. C-194/99, Thyssen Stahl AG c/ Commission des Communautés européennes, pt 77
[1773] C. Prieto, « Condamnation du cartel de la téléphonie mobile : satisfaction en demi-teinte », JcpG n° 37, 12 Septembre 2007, II 10153
[1774] Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations
[1775] V.Sélinsky, « Échanges d'informations », rlc octobre-décembre 2007 n° 13 – Actualités – pratiques anticoncurrentielles, n°896, p.22

que les données divulguées doivent être suffisamment précises pour que, compte tenu du contexte, les opérateurs économiques puissent discerner les agents concernés. Une telle hypothèse est d'autant plus probable sur les marchés étroits que les membres d'un oligopole peuvent plus facilement reconnaître leurs concurrents[1777].

378. Conséquences de l'individualisation. Les conséquences de l'individualisation des données sont décrites par la Commission dans les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale. Elles soulignent que « *l'échange de données individualisées facilite l'entente sur le marché et l'élaboration de stratégies de représailles* »[1778]. Il est en effet plus aisé de mettre en œuvre une entente ainsi que des mesures de rétorsion à l'égard d'entreprises récalcitrantes lorsque l'origine et les titulaires des données sont connus. Les lignes directrices ajoutent en sus qu'il n'est pas possible d'exclure que l'échange de données agrégées ait le même effet selon les caractéristiques du marché sur lequel a lieu l'échange. Sur un oligopole étroit, l'échange de données agrégées[1779] peut permettre la détection de comportement déviant engendrant des mesures de représailles sur l'ensemble du marché sans pour autant que l'entreprise à l'origine de ce comportement soit identifiée[1780]. Dans une telle hypothèse, l'individualisation des données n'est pas nécessaire. Il en résulte que si un échange de données agrégées ne peut être regardé comme systématiquement proconcurrentiel, l'individualisation des données constitue un facteur de vigilance supplémentaire dans l'appréciation de l'échange d'informations.

Au-delà des caractéristiques inhérentes aux informations (stratégiques, secrètes, individualisées), leur temporalité est de nature à moduler l'appréciation concurrentielle susceptible d'en être faite. Il en va ainsi tant de la temporalité des données que de celle de la divulgation.

[1776] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12 relatif à la saisine de l'UIP précité, pt 67 citant Aut. Conc. 5 octobre 2006, avis n°06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
[1777] *Ibid.*.
[1778] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 89
[1779] Donc non individualisées
[1780] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 89

iv) La temporalité des données

379. La communication entre les entreprises peut porter sur le passé, le présent ou le futur[1781]. A chaque temporalité correspond une appréciation concurrentielle. La temporalité n'est pas une notion figée et le caractère récent des informations échangées est appréhendé selon les circonstances de l'espèce. L'Autorité de la concurrence précise ainsi que la fraîcheur des informations est estimée « *en fonction des caractéristiques du marché, de la nature des informations en cause et du rythme auquel elles deviennent caduques* »[1782].

380. Donnée passées. S'agissant de données passées, elles sont généralement vues de manière favorable par les autorités de concurrence dans la mesure où elles ont le plus souvent un effet proconcurrentiel en concédant aux opérateurs économiques une bonne connaissance du marché, sans leur permettre de surveiller en temps réel la politique commerciale de leurs concurrents[1783]. Il convient de s'interroger sur le point de savoir après quelle durée une information peut être qualifiée d'historique[1784]. La Commission estime à ce sujet qu'une donnée est définie comme telle lorsque son ancienneté est égale à plusieurs fois la durée moyenne des contrats prévalant sur le secteur concerné[1785]. Les échanges d'informations répondant à cette condition d'ancienneté devraient donc être perçus favorablement. Un contrôle des échanges de données historiques peut toutefois s'avérer nécessaire car c'est par l'analyse d'informations passées que les agents membres d'une collusion ont la possibilité de détecter plus ou moins rapidement[1786] puis de punir les déviations à la ligne de conduite commune[1787]. Dans une telle hypothèse, les échanges d'informations passées viennent au soutien d'une coordination anticoncurrentielle et peuvent être sanctionnés à ce titre.

381. Données présentes ou futures. La communication de données peut également être sanctionnée en tant que telle. Cela concerne l'hypothèse dans laquelle sont diffusées des informations présentes ou futures de nature à divulguer la stratégie commerciale des

[1781] Rapport annuel de l'autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations
[1782] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12 relatif à la saisine de l'UIP précité, pt 71
[1783] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12 relatif à la saisine de l'UIP précité, pt 72 citant Aut. Conc. 5 octobre 2006, avis n°06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
[1784] Voir *supra*
[1785] En conséquence, dans l'hypothèse de secteur où la règle est des contrats de long terme, des échanges d'informations, y compris avec une périodicité réduite, sont susceptibles de constituer une entente cf [1785] Cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, département Concurrence, « Les nouvelles lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale », Gazette du Palais - 07/05/2011 - n° 127 - page 11
[1786] Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations
[1787] *Ibid.*.

entreprises[1788]. Les échanges d'informations contribuent alors à « *atténuer ou à supprimer […] toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements [des] concurrents* »[1789]. Il en résulte une coordination des opérateurs économiques au préjudice de la concurrence.

Il apparaît ainsi que, quelle que soit la temporalité des informations, elles sont toujours susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence. Si une certaine bienveillance existe à l'égard des données passées, elle est strictement circonscrite à des informations historiques qui ne sont pas de nature à sanctionner les comportements déviants d'une collusion. A l'inverse, une communication de données présentes ou futures est par principe suspecte et ne pourra espérer échapper à une sanction que si ses autres caractères[1790] sont exempts de potentiel anticoncurrentiel. A cet égard doit également être envisagé la temporalité des échanges d'informations, c'est-à-dire leur fréquence.

v) La temporalité des échanges d'informations

382. Temporalité des échanges et caractéristiques du marché. De la même manière que pour la temporalité des données, celle des échanges doit s'apprécier au regard du marché concerné. L'Autorité de la concurrence a ainsi pu estimer que : « *sur un marché sur lequel les offres et changements tarifaires se succèdent à un rythme rapide, l'évaluation des résultats des opérateurs selon une périodicité très rapprochée était de nature à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents* »[1791]. Une périodicité rapprochée autorise la divulgation de données actualisées fréquemment, en fonction des conditions du marché. La fréquence élevée de communication apparaît comme un facteur à risque. Elle est en effet susceptible de renforcer le caractère anticoncurrentiel latent de l'échange en permettant une « *meilleure compréhension de la collusion ainsi qu'un meilleur contrôle des comportements déviants* » [1792]. Concrètement, des échanges répétés

[1788] Il peut s'agir de décisions extrêmement variées : lancement d'un nouveau produit, politique d'investissement, par exemple l'installation d'une usine, le montant ou l'orientation des efforts de recherche et développement… cf Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les échanges d'informations

[1789] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere c/ Commission, pt 51

[1790] Données non stratégiques, publiques, agrégées sur un marché asymétrique, atomisé, complexe et instable

[1791] Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12 relatif à la saisine de l'UIP, précité, pt 73, citant Aut. Conc. 30 novembre 2005, décision n°05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie

[1792] P. Wilhelm, Ph. Choné et A. Perrot, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

régulièrement et fréquemment aboutissent à une coordination des opérateurs sur le marché qui sont alors à même de déterminer tout écart de la ligne commune.

383. Echange unique et sanction concurrentielle. Il ne faudrait pas conclure de l'appréciation de la fréquence répétée d'un échange qu'une divulgation unique d'informations serait exempte de tout reproche. Comme déjà évoqué, la Cour de justice estime qu'une unique communication suffit à caractériser une pratique anticoncurrentielle selon la structure du marché[1793]. Il apparaît une fois encore qu'il n'existe pas de critère systématique d'appréciation des échanges d'informations mais un faisceau d'indices interagissant entre eux[1794] qui mettent en lumière leur « risque concurrentiel ». Il est en conséquence particulièrement délicat d'apprécier la portée anticoncurrentielle d'un échange d'informations protégées. L'Autorité de la concurrence reconnaît elle-même que : « *la distinction entre les échanges d'informations légitimes et ceux susceptibles de restreindre la concurrence peut paraître difficile à opérer, compte tenu de la multiplicité des facteurs à prendre en compte* »[1795]. Un des éléments fondamentaux pour opérer cette distinction est l'analyse des conséquences sur le marché de la divulgation d'informations protégées.

C/ Echange d'informations protégées et effet sur le marché

384. Il est admis[1796] qu'un système d'échanges d'informations qui ne serait pas le support d'un autre mécanisme concurrentiel puisse être sanctionné en tant que tel[1797]. Il est également acquis que l'échange d'informations entre concurrents ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle *per se*[1798]. Quand bien même les données communiquées sur un marché oligopolistique fortement concentré seraient stratégiques et individualisées, cela ne saurait suffire à caractériser une pratique anticoncurrentielle : « *on ne peut donc simplement déduire*

[1793] CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile, précité, pts 59 à62
[1794] La fréquence des échanges et la fraîcheur des données conditionnant la valeur stratégique de l'information cf Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les Echanges d'informations
[1795] P. Wilhelm, Ph. Choné et A. Perrot, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958, citant le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, Etude thématique sur les Echanges d'informations, p. 147
[1796] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere, précité, et CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, précité ; CJCE 2 octobre 2003, aff C-194/99, Thyssen
[1797] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere, précité, pt 51
[1798] Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Bull Civ IV n°181 ; Voir également OCDE, Direction Des Affaires Financières Et Des Entreprises - Comite de la concurrence 2-Oct-2007, table ronde sur les pratiques de facilitation dans le cadre des oligopoles

le caractère anticoncurrentiel de l'échange d'une simple analyse structurelle du marché et de la nature des informations échangées »[1799].

Ainsi que l'a expressément formalisé la Cour de cassation, il est nécessaire de démontrer en sus que l'échange litigieux a eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel d'altérer de façon sensible le fonctionnement de la concurrence sur le marché concerné[1800]. Après avoir étudié les cas de figure dans lesquelles un objet anticoncurrentiel est caractérisé[1801], il convient désormais d'examiner les effets de l'échange, susceptibles de se traduire par une perte d'autonomie des opérateurs (i), cet effet pouvant n'être que potentiel (ii).

i) Echange d'informations et perte d'autonomie

385. Principe d'autonomie. Il est constant que « *tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle* » [1802]. Le principe d'autonomie d'action des opérateurs, issu de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence est repris de façon constante par la jurisprudence européenne[1803] et la jurisprudence française[1804]. Il se traduit par « *l'exigence d'incertitude quant à l'attitude des concurrents* »[1805]. Autrement dit, les entreprises doivent conserver leur indépendance décisionnelle. Ce principe n'exclut pas le droit des agents économiques de s'adapter intelligemment aux comportements de leurs concurrents. Il s'oppose en revanche à ce que les opérateurs se révèlent des informations de nature à infléchir leur politique commerciale. Dès lors que les informations échangées ont pour corollaire une modification de la stratégie des entreprises, celles-ci sont réputées perdre leur autonomie et les données échangées peuvent être source de pratiques anticoncurrentielles.

[1799] E. Claudel, « Entente et échanges d'informations sur un marché oligopolistique : où l'affaire rebondit sur le terrain du dommage à l'économie (un dommage qui ne peut être présumé) », RTD Com. 2010 p.282

[1800] Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Bull Civ IV n°181, précité

[1801] Voir *supra* n°348 et suivants

[1802] CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, précité, pt 86

[1803] CJCE 16 décembre 1975, « Suiker Unie », précité, pt.173 p.1942 ; CJCE 14 juillet 1981, Züchner, aff. C-172/80, précité, pt 13 ; CJCE 31 mars 1993, « Pâte de bois », précité, pt 63 p.1599 ; CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, précité, pt 86 ; CJCE 4 juin 2009 « T-Mobile », précité, pt 32

[1804] Voir notamment à cet égard : Aut. Conc. 15 mai 2012, avis n° 12- A- 12 relatif à la saisine de l'UIP, précité, pt 46 ; Aut. Conc. 18 octobre 2017, décision 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, pt 431 ; Cass Com 30 mai 2012, pourvoi n°11-22144, Bull Civ IV n°617

[1805] M. Chagny, « Haro sur les échanges d'informations entre concurrents ! Les opérateurs de téléphonie mobile sanctionnés par la cour d'appel de Paris », cce n° 2, Février 2007, comm. 26 ; également Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, Droit du marché : PUF, coll. Thémis, 2002, p.275 et suivantes

La Commission reprend l'impératif d'autonomie dans les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[1806] en considérant que ce principe « *s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre concurrents, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, ce qui facilite une collusion sur celui-ci* »[1807]. La Commission conclut qu'en diminuant l'indépendance des comportements des agents économiques et leur incitation à se faire concurrence, les échanges d'informations stratégiques sont équivalents à une concertation anticoncurrentielle[1808]. Encore faut-il démontrer que les informations sont effectivement aptes à provoquer un infléchissement de la politique commerciale des protagonistes[1809], c'est-à-dire d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne « *correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché* » [1810]. Cette exigence se retrouve aussi bien au niveau français qu'au niveau européen.

386. Appréciation européenne de la perte d'autonomie. Au niveau européen, la décision du TPICE[1811] dans l'affaire John Deere confirmée par la Cour[1812] relève que la généralisation, entre les principaux agents économiques et à leur seul bénéfice, d'échanges fréquents d'informations précises sur un marché oligopolistique fortement concentré, est de nature à altérer la concurrence dans la mesure où les échanges d'informations aboutissent à la révélation périodique et régulière à l'ensemble des concurrents de leurs positions et stratégies. En rendant particulièrement prévisible le comportement des concurrents, les échanges d'informations atténuent, voire suppriment, le degré d'incertitude sur le fonctionnement du

[1806] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 60 : « *Les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable «plan», doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché intérieur et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle.* »

[1807] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 61

[1808] *Ibid.*.

[1809] E. Claudel, « Entente et échanges d'informations sur un marché oligopolistique : où l'affaire rebondit sur le terrain du dommage à l'économie (un dommage qui ne peut être présumé) », RTD Com. 2010 p.282, citant Cass Com 7 avr. 2010, pourvoi n° 09-12.984, Bull Civ IV n°70

[1810] CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 87

[1811] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 51

[1812] CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 89

marché qui aurait subsisté en l'absence de cette communication[1813], altérant ainsi la concurrence[1814]. Dès lors, les opérateurs économiques perdent toute autonomie décisionnelle, leurs actions devenant conditionnées par la connaissance des stratégies de leurs concurrents, au préjudice des consommateurs.

Cette position est également celle de la Cour de justice qui relève dans la décision Dole que « *les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché* »[1815]. Cette appréciation de l'échange d'information est renforcée par la présomption selon laquelle une entreprise qui reçoit communication de données stratégiques de ses concurrents est réputée avoir accepté ces informations et avoir adapté son comportement en conséquence[1816], sauf à prouver qu'elle a refusé ces données par une déclaration *ad hoc*[1817]. Autrement dit, dès lors que des entreprises ont connaissance de données stratégiques concernant leurs concurrents, elles sont réputées en tenir compte pour ajuster leur politique commerciale, sauf à diffuser une déclaration précisant expressément l'inverse.

387. Appréciation française de la perte d'autonomie. La jurisprudence considère également que, compte tenu de la structure de marché et de son fonctionnement, du caractère confidentiel, de la nature, de l'intérêt stratégique et du niveau d'agrégation des données communiquées ainsi que de la fréquence des échanges, ceux-ci peuvent être de nature à atténuer ou à supprimer l'incertitude quant au caractère prévisible du comportement des concurrents[1818]. Ainsi, dans l'affaire de la téléphonie mobile[1819], les échanges d'informations ont « *concrètement permis aux opérateurs de réduire leur autonomie pour s'adapter aux évolutions des politiques commerciales de leurs concurrents en ayant pour effet de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile* »[1820]. L'adaptation de la stratégie des opérateurs en fonction des informations communiquées est

[1813] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 81 et CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 88
[1814] CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 90
[1815] CJUE, 19 mars 2015, aff. C-286/13 P, Dole Food Company et a. c/ Commission, pt 127
[1816] CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic, pécité, pt 121 ; CJCE 8 juillet 1999, aff. C-199/92, Hüls AG c/ Commission, Recueil 1999 - I - 04287, pt 162
[1817] CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic, pécité, pt 121 ; Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 62
[1818] E. Chevrier, « Concurrence : nouveaux recours et pièces devant la juridiction de renvoi », commentaire de CA Paris, 1re ch. H, 11 mars 2009, n° 2007/19110, Dalloz actualité 24 mars 2009
[1819] CA Paris, 1re ch. H, 11 mars 2009, n° 2007/19110, Dalloz actualité 24 mars 2009
[1820] *Ibid.*.

également perceptible dans l'affaire du cartel des revêtements de sol[1821]. En divulguant des données sur la « conjoncture » du secteur, la pratique litigieuse permettait aux entreprises parties à l'accord de disposer des prévisions commerciales de chaque entreprise pour la période à venir, d'une façon suffisamment précise pour en tirer des consignes sur la politique commerciale à adopter.

S'il est acquis que les échanges d'informations peuvent avoir pour effet de réduire l'incertitude des entreprises sur le fonctionnement du marché en modifiant les décisions prises en fonction des données recueillies relatives aux concurrents, il importe de déterminer si ces modifications se font dans un sens pro ou anticoncurrentiel. A cet égard et comme nous l'avons précédemment évoqué, l'étude du contexte, de la nature et des caractéristiques des informations échangées ainsi que du marché concerné sont primordiaux[1822] pour parvenir à cette qualification de laquelle dépendra l'étendue de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre laissée aux opérateurs. A ces éléments s'ajoute la question de savoir si l'usage effectif des informations est requis.

388. Usage réel des informations échangées. A cette interrogation, la Cour de Cassation a répondu positivement dans le cadre de l'affaire de la téléphonie mobile, en statuant que la cour d'appel avait « *vérifié que les informations échangées, en dépit de leurs imperfections,* ***avaient été effectivement utilisées*** *par les opérateurs pour ajuster leur stratégie* »[1823]. Selon un auteur[1824], la chambre commerciale refuse de tenir « *un raisonnement inductif permettant de s'épargner une recherche des motifs qui soutendent l'action des oligopoleurs* ». Cela signifie qu'il ne saurait être déduit de la seule existence d'un échange d'informations, ses conséquences réelles ou potentielles sur la concurrence. Celles-ci doivent être spécifiquement caractérisées, notamment par la vérification de l'usage effectif des informations communiquées. Il en résulte l'exigence d'une démonstration de la volonté pour les opérateurs d'adapter leur politique commerciale en fonction des données transmises. Une certaine forme d'intentionnalité découle de cet impératif, permettant d'épargner les situations dans lesquelles l'augmentation de la transparence sur le marché n'aurait pas pour corollaire des comportements volontairement coordonnés.

[1821] Aut. Conc. 18 octobre 2017, décision 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, pt 433

[1822] A. Perrot, « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

[1823] Cass Com 7 avril 2010, pourvois n°09-12984, n°09-13163, n°09-65940, Bull Civ IV n°70 (nous soulignons)

[1824] E. Chevrier, « L'échange d'informations n'est pas une pratique anticoncurrentielle per se », Recueil Dalloz 2007 p.1953, à propos de Cass Com 29 juin 2007, pourvoi n° 07-10.303

389. Sanction du déséquilibre du marché. Les échanges d'informations ne doivent pas être sanctionnés *per se*. Leur sanction doit être limitée aux hypothèses dans lesquelles « *ils portent atteinte à l'autonomie des opérateurs de façon néfaste*, *c'est-à-dire lorsqu'ils entraînent un certain degré de certitude des opérateurs sur le comportement de leurs concurrents pouvant aller jusqu'à un parfait alignement* ».[1825] Dans ce cas, l'offre n'est plus en adéquation avec la demande, caractérisant ainsi le déséquilibre économique du marché[1826]. Dans l'affaire des Palaces parisiens[1827], la Cour d'appel retient que la « *mise en commun de ces données non publiques a assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif que souligne la convergence des évolutions de prix moyen des établissements* ». Compte tenu du caractère oligopolistique de ce secteur, l'échange de données aboutissait à une transparence complète du marché dans lequel les opérateurs économiques évoluaient en toute connaissance de cause, l'incertitude inhérente au fonctionnement de tout marché ayant ici complètement disparu. Cet équilibre collusif ne pouvait alors correspondre à un équilibre économique normal du marché et a été sanctionné à ce titre. Une telle sanction a pu surprendre dans la mesure où aucun alignement de prix n'était reproché aux palaces[1828]. Cela se comprend toutefois compte tenu du fait que la concurrence sur ce marché de biens différenciés ne se fait pas directement sur le niveau de prix[1829] et que le comportement critiqué des palaces concernait une prise de contact direct ayant pour effet d'aboutir à une augmentation de la transparence au profit des membres de l'oligopole pour leur permettre d'ajuster leurs stratégies[1830].

[1825] M-A. Afchain, « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », JcpE n° 9, 1er Mars 2007, 1278
[1826] *Ibid.*.
[1827] Cons. Conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces, précité, pt 209 et CA Paris 1ère Chambre Section H 26 septembre 2006, Le Bristol et a., RG n°2005/24285
[1828] P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité : « *l'instruction n'a pas révélé l'existence d'une entente anticoncurrentielle autre que l'échange d'informations. Au contraire, le Conseil* [Cons. Conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces, précité] *a relevé que « l'enquête administrative n'a pas révélé de similitude anormale des tarifs entre eux » (§ 37) et que les offres promotionnelles communes, reposant sur un prix d'appel destiné à attirer la clientèle, mises en oeuvre par les palaces n'avaient pas eu d'objet, ni d'effet anticoncurrentiel (§ 280-293)* ».
[1829] A l'opposé d'un marché de biens homogènes, voir Cons. Conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces, précité, pt 265
[1830] Cons. Conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces, précité, pt 269

L'appréciation *in concreto* des effets des échanges d'informations sur le marché ne signifie pas pour autant que l'effet anticoncurrentiel doive être passé et constaté. Il peut s'agir d'un effet anticoncurrentiel potentiel dont la portée est tout aussi réelle.

ii) Effet anticoncurrentiel potentiel d'un échange d'informations

390. Prise en compte des effets réels et potentiels. L'appréciation concrète des effets des échanges d'informations se traduit par la mise en œuvre d'un bilan réalisé par l'autorité de concurrence devant statuer. L'autorité de concurrence évalue d'une part la vraisemblance et l'ampleur des effets anticoncurrentiels et d'autre part les gains d'efficacité pour les mettre en balance, afin de déterminer « *l'impact net de la pratique sur l'intensité de la concurrence* »[1831].

L'appréciation des effets de la pratique examinée, en l'espèce des échanges d'informations, porte non seulement sur les effets réels et constatés de la communication de données, mais également sur ses effets potentiels. Il convient à cet égard de préciser que la seule constatation d'un échange d'informations, dénuée de la preuve de ses conséquences sur l'incertitude des opérateurs économiques dans l'élaboration de leurs comportements respectifs sur le marché ne suffit pas[1832]. Pour sanctionner un échange d'informations, l'autorité doit donc, soit rapporter la preuve d'effets négatifs réels, soit d'un effet potentiellement négatif de la pratique sur le fonctionnement du marché.

391. Démonstration des effets anticoncurrentiels. La Cour de cassation précise que la démonstration des effets anticoncurrentiels de l'échange d'informations consiste en la description des mécanismes par lesquels les incitations des opérateurs économiques à se faire concurrence sont altérées[1833]. Au niveau européen, le Tribunal[1834] approuvé en cela par la Cour de Justice[1835], a énoncé dans l'affaire John Deere que les effets anticoncurrentiels potentiels devaient s'apprécier « *par référence au jeu de la concurrence tel qu'il se produirait*

[1831] OCDE, Direction Des Affaires Financières Et Des Entreprises - Comite de la concurrence 2-Oct-2007, table ronde sur les pratiques de facilitation dans le cadre des oligopoles, précité
[1832] Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Bull Civ IV n°181
[1833] Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Bull Civ IV n°181, précité
[1834] TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 92
[1835] CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 76

effectivement "à défaut de l'accord litigieux" »[1836]. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale s'inscrivent dans la même logique en précisant que « *l'évaluation des effets restrictifs sur la concurrence consiste en une comparaison des effets probables de l'échange d'informations avec la situation concurrentielle telle qu'elle se présenterait si cet échange n'avait pas lieu* »[1837]. Il appartient alors aux autorités de concurrence d'évaluer la portée de l'échange d'informations sur le fonctionnement du marché en le comparant au jeu concurrentiel en l'absence de cet échange. Cette démonstration prospective met en exergue la difficulté pour les opérateurs économiques d'apprécier la portée des échanges qu'ils sont susceptibles d'avoir. A cet égard, l'autonomie de leur volonté peut se trouver fortement contrainte et leur souhait de transmettre des données réduit à néant afin de préserver les conditions d'une concurrence saine et loyale. Il est de nouveau nécessaire de recommander aux agents économiques la plus grande prudence dans leurs échanges, compte tenu des risques portés par leur appréciation concurrentielle.

392. Effets potentiels non sensibles. La limite de l'appréhension des effets potentiels d'un échange d'informations par le droit de la concurrence concerne leur caractère sensible. Si les effets envisagés n'affectent le marché que d'une façon insignifiante, l'échange d'informations échappe à la prohibition des actions concertées[1838]. Cette exception est cohérente avec le raisonnement retenu pour apprécier les effets potentiellement anticoncurrentiels de la pratique concertée. Les effets anticoncurrentiels de l'échange d'informations sont caractérisés par une appréciation en référence au fonctionnement du marché en l'absence de la pratique litigieuse. Si l'échange n'a pas de conséquences sensibles sur le fonctionnement du marché, celui-ci fonctionne de la même manière en l'absence et en présence de cette communication de données. Celle-ci n'a donc pas d'effets anticoncurrentiels, y compris potentiels, sur le marché.

Il résulte de ce qui précède que les échanges d'informations protégées ne sont pas neutres au regard de la concurrence mais que leur portée, source d'amélioration de la transparence du marché, peut aussi bien favoriser la concurrence que l'amoindrir par une perte d'autonomie des opérateurs économiques. Si la transparence accroît la concurrence, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des opérateurs en sortent renforcées. En revanche, si l'échange

[1836] Le Tribunal et la Cour faisant pour cela référence aux décisions des 30 juin 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. p. 337, et 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Recueil 1980 - I - 03775, pt 19

[1837] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 75

[1838] Voir TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere, pt 92 ; CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, pt 77 et CJCE 9 juillet 1969, aff. C-5/69, Völk, pt 7

d'informations protégées vient à réduire l'incertitude nécessaire au bon fonctionnement du marché, il est sanctionné au titre d'une atteinte à la concurrence, qui a pour corollaire une atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre des parties dont les échanges sont alors interdits conformément aux impératifs du droit de la concurrence. Se pose alors la question des répercussions des échanges d'informations sur les consommateurs. Il importe de savoir si les conséquences de ces échanges sont appréciées à leur aune et s'ils peuvent leur être favorables, ou si, à l'inverse, un échange d'informations protégées ne peut que nuire aux intérêts des consommateurs.

Section II – L'échange d'informations protégées défavorable au consommateur, source d'atteintes aux libertés économiques

393. La Cour de justice retient que le droit de la concurrence a un triple objectif : protéger les intérêts des concurrents et ceux des consommateurs, et au-delà de ces aspects assurer la préservation de la structure du marché et, ce faisant, de la concurrence en tant que telle[1839]. La protection du consommateur apparaît comme secondaire au regard de celle de la structure du marché[1840] mais il n'en reste pas moins un facteur notable dans l'appréciation concurrentielle des échanges d'informations. Sa prise en compte est perceptible à différents stades de l'analyse de l'échange d'informations. Le rôle des consommateurs dans l'échange constitue l'un des indices examinés pour sa qualification (**§1**), tandis que les conséquences de l'échange sur les consommateurs sont de nature à influer sur sa sanction (**§2**). Il en résulte que les échanges d'informations protégées défavorables aux consommateurs emportent également des effets préjudiciables aux libertés économiques.

§1. La participation du consommateur à l'échange d'informations protégées

394. Selon que les consommateurs sont inclus (**A**) ou exclus (**B**) de l'échange d'informations, l'appréciation concurrentielle de ce dernier peut considérablement varier. L'exclusion du consommateur constitue un indice du caractère anticoncurrentiel de l'échange, au préjudice des libertés économiques. Les effets d'un échange dont les consommateurs feraient partie intégrante ne sont, en revanche, pas aussi certains.

[1839] CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc., précité, pt 125 ; également L. Idot, « Échanges d'informations et restriction par objet », Europe n° 5, Mai 2015, comm. 188

[1840] L. Idot, « Précisions de la Cour de Justice sur les échanges d'information entre concurrents », Revue des contrats, octobre 2009 n°4, p.1401

A/ Les consommateurs inclus dans l'échange d'informations protégées

395. Consommateurs et donnée publique. La question de savoir si les consommateurs sont inclus dans l'échange d'informations rejoint l'appréciation du caractère public des informations échangées[1841]. Lorsque les données communiquées sont réellement publiques, tous les acteurs du marché, en ce compris les consommateurs, y ont accès. A cet égard, il convient de distinguer informations publiques et données dans le domaine public[1842]. Il ne suffit pas que les informations soient dans le domaine public pour qu'elles soient réellement publiques au sens du droit de la concurrence.

396. Accès et caractère public de l'information. Le caractère public s'apprécie à l'aune des conditions et du coût d'accès à l'information : une accessibilité théorique ne saurait aboutir à une qualification de « donnée publique », si le coût d'obtention de ladite donnée est différent selon les opérateurs, et particulièrement, si ce coût est élevé pour les consommateurs. Une donnée ne sera qualifiée de publique que si elle est accessible aux mêmes conditions pour tous les concurrents et *in fine* les consommateurs[1843].

397. Impact sur le marché de la connaissance des consommateurs. Selon la Commission, le fait que les clients, et donc les consommateurs, aient accès aux informations échangées, est de nature à limiter la probabilité de collusion sur le marché, dans la mesure où ils peuvent limiter l'effet restrictif de l'échange sur la concurrence[1844] grâce à leur appréhension du marché. En d'autres termes, les consommateurs en pleine connaissance de cause peuvent efficacement contrebalancer par leurs choix, toute velléité des agents économiques d'influencer le marché.

Dans l'affaire Ahlström Osakeyhtiö[1845], les communications trimestrielles des annonces de prix étaient faites également aux utilisateurs. Elles constituaient de la sorte, une action sur le marché qui n'était pas de nature à réduire les incertitudes de chaque entreprise sur les attitudes de ses concurrents. En effet, ces entreprises n'avaient aucune assurance du comportement suivi par leurs concurrents. La Cour, citant cette décision dans son arrêt « John Deere »[1846],

[1841] Sur le caractère public des informations, voir *supra* n°331
[1842] Voir sur ce point les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pts 92 et suivants
[1843] *Ibid.*.
[1844] *Ibid.*. Pt 94
[1845] CJCE 31 mars 1993, aff. C-89/85, Ahlström Osakeyhtiö, pt 64
[1846] CJCE 28 mai 1998, aff C-7/95, John Deere Ltd c/ Commission, précité, pt 91

insiste d'ailleurs sur le fait que la pratique litigieuse dans l'affaire Ahlström comportait la communication d'une « *information* ***utile aux acheteurs***[1847] ». En conséquence, le fait que le consommateur ait véritablement accès aux informations protégées est de nature à exclure une qualification anticoncurrentielle pour un échange d'informations.

398. Appréciation distincte d'une même information. Le sort des échanges d'informations est empreint de casuistique et des situations *a priori* similaires peuvent faire l'objet d'appréciations distinctes. Il en va ainsi de l'affaire des carburants autoroutiers où pour des faits proches, la qualification retenue varie d'une autorité de concurrence à l'autre.

399. Décision du Conseil de la concurrence. Dans sa décision du 31 mars 2003[1848], le Conseil de la concurrence a statué sur un système d'échange d'informations entre gérants de stations-services sur autoroutes situées à proximité les unes des autres. Ceux-ci communiquaient par téléphone les prix des carburants, ensuite transmis au siège social des compagnies pétrolières qui déterminaient de cette manière les prix qu'elles demandaient de pratiquer à leurs gérants. Au regard de ces éléments, en particulier des caractéristiques d'un marché structurellement peu concurrentiel et fortement concentré, ainsi que de l'objet de l'échange d'informations qui interdisait *de facto* à une société de baisser ses prix compte tenu de la rapidité avec laquelle ses concurrents en étaient informés et pouvaient prendre une décision similaire, le Conseil de la concurrence a estimé qu'un tel système tendait à un alignement des prix. Suivant son analyse, une telle convergence supprimait le degré d'incertitude normal sur le fonctionnement du marché et altérait la concurrence entre les opérateurs.

400. Arrêt de la Cour d'appel de Paris. Cette appréciation n'a toutefois pas été celle de la Cour d'appel de Paris qui a eu à juger de cette affaire en appel[1849]. Reprenant un avis du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2001 sur ce sujet, la Cour expose que : « *les éléments spécifiques à la commercialisation des carburants sur autoroute, indépendamment de toute pratique concertée constituent autant d'incitation à l'alignement des prix* ». En conséquence « *la forte concentration de ce marché, l'homogénéité des coûts de structure et de gestion,*

[1847] Nous soulignons
[1848] Cons. Conc. 31 mars 2003, décision 03-D-17 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute
[1849] CA Paris 9 décembre 2003, 1ère chambre, Section H, Esso, Total et a., RG n°2003/07056, N° JurisData : 2003-228758 – pourvoi en cassation déclaré irrecevable par Cass Com 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-20842, Bull Civ IV n°14, p.13

l'inélasticité de la demande au prix, la « captivité *» des consommateurs qui utilisent les autoroutes, la liaison sur de longues distances, sont des facteurs de faible incitation à l'exercice de la concurrence* », de même que « *l'affichage des prix sur les panneaux autoroutiers, s'il concourt à la transparence du marché, constitue aussi une incitation à l'alignement des prix* ». L'alignement des prix observé localement résultait d'une décision autonome des entreprises face à des conditions structurelles du marché comprenant notamment une forte transparence, due pour partie à l'affichage des prix sur les panneaux autoroutiers et non d'une volonté collusoire. En conséquence, le parallélisme de comportements constaté pouvait s'expliquer par une logique économique contingente aux spécificités du marché et non une entente tacite entre les opérateurs[1850]. La cour d'appel de Paris conclut qu'il n'existe pas de preuve de l'effet anticoncurrentiel de l'échange d'informations qui ne doit donc pas être sanctionné, les entreprises ayant conservé leur autonomie[1851].

Dans cette espèce, la publicité des informations sur les prix des carburants par voie d'affichage constitue à la fois la cause et la conséquence du parallélisme des comportements. L'affichage des prix engendrant une connaissance pleine et entière des consommateurs leur permet de choisir la station-service qui leur convient le mieux selon leurs contraintes. Or, cette information des consommateurs a également pour effet une tendance à l'uniformisation des prix affichés entre les stations-services afin de conserver leur part de marché. La publicité des informations, ici à travers l'affichage des prix, permet à la fois d'attirer le consommateur et aboutit à ce que l'offre soit relativement homogène afin qu'aucun opérateur ne soit pénalisé. La cour d'appel conclut à une concurrence certes réduite, mais existante où chaque opérateur conserve son autonomie.

401. Avis de la Commission. La Commission estime quant à elle qu'il n'est pas possible d'exclure de manière systématique que des échanges d'informations réellement publiques puissent engendrer ou faciliter une collusion sur le marché. A ce titre, elle présente dans le chapitre concernant les échanges d'informations des lignes directrices sur les accords de

[1850] Faisant écho à la décision 89-D-44 du Conseil de la concurrence du 19 décembre 1989 statuant « *la constatation d'un parallélisme de comportement, lorsqu'il n'est pas établi que ce parallélisme ne peut s'expliquer autrement que par une entente tacite est insuffisante pour établir l'existence d'une pratique prohibée* ».

[1851] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n° 4, 27 Janvier 2011, 1052

coopération horizontale, un exemple[1852] dont les faits[1853] ne sont pas sans rappeler l'espèce précitée sur les carburants autoroutiers. La Commission remet en cause l'appréciation du caractère véritablement public des informations communiquées. Si les données semblent de prime abord bien répondre à ce qualificatif compte tenu de leur diffusion sur de grands panneaux dans chaque station-service, la Commission estime que ce n'est pas réellement le cas. Elle fait valoir pour cela que l'obtention de ces informations par d'autres moyens prendrait beaucoup de temps et des frais de transport élevés[1854], car il « *faudrait parcourir fréquemment des distances importantes afin de collecter les prix affichés sur les panneaux des stations-services disséminés dans l'ensemble du pays. Les coûts qui en résulteraient sont susceptibles d'être si élevés que ce n'est que par l'échange d'informations que les informations pourraient être obtenues en pratique* ».

Une distinction fondamentale apparaît avec l'espèce examinée par la cour d'appel de Paris : dans l'exemple donné par la Commission, il s'agit d'un échange d'informations sur les prix couvrant l'ensemble du pays tandis que la cour d'appel de Paris analyse une situation spécifiquement locale. L'appréciation des coûts d'accès s'en trouve profondément modifiée. Dans un cas, il s'agit d'apprécier la possibilité pour les consommateurs d'avoir accès à une information affichée sur de grands panneaux dans des stations-services à proximité les unes des autres, dans l'autre il est question de la même information mais sur tout le territoire. Dans cette seconde hypothèse, il ne serait effectivement pas possible pour les consommateurs d'avoir une connaissance pleine et entière sauf à parcourir de nombreux kilomètres.
La Commission prenant en compte les caractéristiques d'un marché oligopolistique étroit, non complexe et stable, considère que l'échange d'informations sur les prix des carburants, systématique et visant l'ensemble du marché, est susceptible de créer un climat de certitude mutuelle sur la politique de prix des concurrents et de faciliter une collusion à même de restreindre la concurrence. Il serait intéressant de procéder à une nouvelle analyse de cette situation en prenant en compte l'existence d'applications mobiles et de sites internet

[1852] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, exemple 5, pt 109
[1853] *Ibid.*. « *Situation: Quatre entreprises possédant l'ensemble des stations-service d'un grand pays A s'informent par téléphone des prix actuels de l'essence. Selon elles, cet échange d'informations ne peut avoir d'effets restrictifs sur la concurrence, les informations revêtant un caractère public puisqu'elles sont communiquées sur de grands panneaux dans chaque station-service*. »
[1854] V. Lorieul et P. Wilhelm, « Etude du nouveau paquet Restrictions horizontale », ccc n°3, mars 2011, Etude n°4, p.7

répertoriant les prix des carburants[1855] qui permettent aux consommateurs et aux concurrents d'avoir une information complète, sur l'ensemble du territoire des prix du carburants. La limite d'accès à ces informations ne serait alors plus les kilomètres à parcourir mais une simple connexion internet. Il est possible de se demander, si de nos jours, eu égard à la couverture internet du territoire[1856], cela pourrait constituer une restriction. Il nous semble à l'inverse que pour ce cas d'espèce, les informations sur les prix peuvent être désormais qualifiées de réellement publiques.

Il existe des hypothèses, en revanche, où les consommateurs sont expressément exclus de l'information échangée. C'est le cas lorsque la réciprocité de l'échange est strictement limitée à un nombre restreint d'opérateurs dont ne font pas partie les consommateurs. Dans ce cas, l'appréciation concurrentielle de l'échange est toute autre.

B/ Les consommateurs exclus de l'échange d'informations protégées

402. La portée de la connaissance est au cœur de l'appréciation concurrentielle de l'échange d'informations protégées. Les autorités de concurrence prennent ainsi le soin de vérifier si les consommateurs peuvent effectivement avoir accès aux données communiquées ou s'ils en sont exclus. Autrement dit, il convient d'examiner si les informations échangées sont publiques ou si elles constituent des secrets d'affaires dont la diffusion est strictement limitée aux participants à l'échange.

403. Exclusion des consommateurs et jurisprudence européenne. Au niveau européen, la jurisprudence John Deere met en exergue l'éviction des autres offreurs et des consommateurs de l'échange d'informations protégées dont seules les parties à l'accord peuvent bénéficier. En première instance, le Tribunal[1857] précise, au point 51 de sa décision, que l'échange d'informations litigieux a eu lieu entre « *les principaux offreurs et (…) au seul profit de ceux-ci et, par suite, à* ***l'exclusion de autres offreurs et des consommateurs***[1858] ». Les consommateurs se trouvaient donc expressément exclus de la communication de données,

[1855] A titre d'exemple, voir les sites https://www.prix-carburants.gouv.fr, https://www.zagaz.com, et les applications mobiles « Gasoil Now », « Mobicarbu », « Carburant moins cher », « Zagaz » et « Essence »…
[1856] Tous modes de connexion confondus
[1857] TPICE 27 octobre 1994, aff T-35/92, John Deere, précité, p 51
[1858] Nous soulignons

strictement circonscrite à quelques offreurs. La Cour de justice[1859], statuant dans la même affaire, retient également que le « *système d'échange litigieux en l'espèce ne permet la diffusion des informations qu'aux entreprises parties à l'accord* ». Il ne fait ainsi pas de doute que l'échange d'informations litigieux ne vise que certains opérateurs participant à la pratique, les autres concurrents ainsi que les consommateurs en étant explicitement écartés. Cette exclusion a pour conséquence de faire échapper les informations communiquées à la qualification de données publiques et renforce les soupçons de collusion susceptible d'être engendrés par cet échange.

404. Exclusion des consommateurs et jurisprudence française. La jurisprudence française prend en considération l'exclusion des consommateurs dans son appréciation des échanges d'informations. Dans l'affaire des Palaces parisiens[1860], le Conseil de la concurrence insiste aux points 224 et 229 de sa décision[1861], sur le fait que les informations échangées n'étaient pas disponibles sur le marché, c'est à dire inaccessibles aux clients et au public en général. Il en va de même dans l'affaire de la téléphonie mobile où le Conseil de la concurrence constate, au point 226 de sa décision[1862], que les informations étaient échangées tous les mois de façon systématique, au seul profit des entreprises parties à l'échange, à l'exclusion des consommateurs.

La mise à l'écart des consommateurs des échanges d'informations apparaît comme un indice du caractère suspect d'une communication de données entre concurrents. Celle-ci nécessite alors une surveillance supplémentaire, voire un examen approfondi, afin de déterminer si elle a un objet ou des effets anticoncurrentiels. D'autres éléments s'attachant à la nature des

[1859] CJCE 28 mai 1998, aff. C-7/95 John Deere, précité, pt 91

[1860] P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexion sur la grille d'analyse des autorités de concurrence, précité

[1861] Cons. Conc 25 novembre 2005, 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, pt 224 « *La mise à disposition réciproque par les palaces d'informations nominative (...) permet d'acquérir sur le marché une information non disponible sur le marché et non communiquées aux clients* » et pt 229 « *il est établi que les palaces ont échangée des informations nominatives et confidentielles qui n'étaient ni accessibles ni aux clients ni au public en général* », décision portée devant la cour d'appel de Paris ayant rejeté les recours dans son arrêt CA Paris 1ère chambre Section H 26 septembre 2006, Le Bristol et a., RG n°2005/24285

[1862] Cons. Conc. 30 novembre 2005, 05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, suivi des recours successifs : CA Paris 1ère chambre Section H 12 décembre 2006, Orange France SA et a. RG n°2006/00048 ; Cass Com 29 juin 2007, pourvoi n°07-10303, 07-10354, 07-10397, Bull Civ IV n°1020 ; CA Paris 1ère chambre Section H 11 mars 2009, Orange France SA et a. RG n°2007/19110 ; Cass Com 7 avril 2010, pourvoi n°09-12984, 09-13163, 09-65940, Bull Civ IV n°430 ; CA Paris Pôle 5 Chambre 5-7 30 juin 2011, Orange France SA et a. RG n°2010/12049 ; Cass Com 30 mai 2012, pourvoi n°11-22144, Bull Civ IV n°617

informations échangées et aux caractéristiques du marché[1863] seront alors examinés. Il n'en demeure pas moins que le constat d'un échange défavorable au consommateur, s'il n'est pas suffisant à prouver le caractère anticoncurrentiel de l'échange, induit une suspicion d'atteinte à la concurrence. Les effets défavorables d'un échange d'informations protégées sur les consommateurs emportent alors des conséquences sur l'appréciation des libertés économiques des opérateurs.

§2. Les conséquences de l'échange d'informations protégées sur le consommateur

405. Les conséquences de l'échange d'informations sur les consommateurs sont appréciées à un double niveau : la qualification de restriction de concurrence prend en considération le fait que la communication de données s'effectue au détriment des consommateurs (**A**), emportant des répercussions sur les libertés économiques des opérateurs. De la même manière, l'éventuelle exonération de la pratique litigieuse lorsque l'échange bénéficie *in fine* aux consommateurs (**B**) est de nature à influencer les libertés économiques des agents.

A/ L'échange d'informations protégées défavorable aux consommateurs

406. Echange d'informations, consommateurs et restriction de concurrence. L'échange d'informations protégées est susceptible d'aboutir à des restrictions de concurrence. Au niveau européen, la Commission estime que les échanges d'informations peuvent poser deux principaux problèmes de concurrence[1864]. Le premier résulte de l'augmentation de la transparence du marché. Dans ce cas, la communication de données entre concurrents est de nature à favoriser ou à renforcer l'existence d'une collusion. La seconde conséquence de l'échange est le verrouillage anticoncurrentiel du marché : les concurrents exclus de l'échange et des informations stratégiques qui y transitent, se trouvent dans une position désavantageuse pour se maintenir sur le marché ou même y accéder. Dans ces hypothèses, la communication des données s'effectue au préjudice des consommateurs. Il en résulte souvent un alignement des prix, un éventuel maintien à un niveau artificiellement, et une stabilisation des positions des concurrents de nature à limiter le jeu normal de la concurrence. Les consommateurs paient alors le tribut de la collusion en subissant une offre à des prix supérieurs à ceux qui

[1863] Voir *supra* Section I Chapitre 2 Titre I Partie 2

[1864] V. Lorieul Et P. Wilhelm, « Etude Du Nouveau Paquet Restrictions Horizontales », ccc n°3, Mars 2011, étude 4, p. 7

résulteraient d'une concurrence réelle entre les opérateurs. La Cour de cassation, dans son arrêt du 30 mai 2012 dans l'affaire de la téléphonie mobile[1865] rappelle ainsi que « *la pratique litigieuse qui avait lieu tous les mois de façon systématique au profit exclusif des trois opérateurs et au détriment des consommateurs, a provoqué une atténuation très sensible de l'intensité de la concurrence sur le marché concerné et, par là même, une perturbation du jeu normal de celui-ci* ». Les conséquences négatives d'un échange d'informations protégées à l'égard des consommateurs ne se limitent pas aux prix mais peuvent recouvrir de multiples domaines tenant, à titre d'exemple, à la privation de l'information sur les caractéristiques environnementales des produits ainsi que la limitation de l'innovation sur certains aspects de leurs gammes[1866]. Les échanges d'informations protégées défavorables aux consommateurs sont alors envisagés sous le prisme d'une atteinte à la concurrence, de nature à contraindre les libertés économiques des opérateurs.

407. Echange d'informations, restriction de concurrence mais pratique neutre à l'égard des consommateurs. L'appréciation concurrentielle de l'échange, si elle prend en considération les conséquences de la pratique sur les consommateurs, ne lui est pas indéfectiblement liée. Il est un cas d'espèce où l'autorité de concurrence a estimé qu'il existait une restriction de concurrence en l'absence *a priori* de conséquence sur les consommateurs : un auteur[1867] expose que dans l'affaire des palaces parisiens[1868], il est « *complexe de considérer que les consommateurs aient pu être lésés par l'échange d'informations en cause* ».

Dans cette espèce, l'échange d'informations avait aidé les concurrents à acquérir et maintenir une très bonne connaissance des conditions d'un marché en crise, leur permettant d'éviter une guerre des prix[1869]. Mais si cette « guerre de prix » avait eu des conséquences néfastes pour les palaces, elle n'aurait pas nécessairement bénéficié à une clientèle aux caractéristiques particulières, le Conseil de la concurrence la décrivant comme « *peu sensible au niveau du prix, voire insensible pour la frange la plus fortunée* »[1870]. Le Conseil de la concurrence, suivi

[1865] Cass Com 30 mai 2012, pourvoi n°11-22144, Bull Civ IV n°617

[1866] Aut. Conc. 18 octobre 2017, 17-D-20, décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, pt 459 : *« l'accord de non concurrence sur la communication environnementale a pu freiner l'incitation de chaque fabricant à innover afin d'accroître la qualité environnementale de ses produits et ainsi réduire le bien-être des utilisateurs finals.* »

[1867] F. Venayre, « Echanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels », rlc janvier-mars 2006 n°6, Pratiques anticoncurrentielles p.20 n°417

[1868] Cons. Conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens

[1869] *Ibid.*.

[1870] *Ibid.*. pt 31

par la Cour d'appel de Paris[1871], décide pourtant de sanctionner l'échange d'informations litigieux au motif que « *la mise en commun de ces données non publiques a assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif que souligne la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la même période* ». La convergence des évolutions de prix, quand bien même les consommateurs y seraient indifférents, constitue alors un indice d'une coordination entre entreprises, rendue possible par l'accroissement artificiel de la transparence du marché[1872] que les autorités de concurrence sanctionnent. Il est possible de déceler dans cette appréciation, l'objectif du droit de la concurrence qui vise à la préservation du marché, la protection du consommateur n'apparaissant que comme sa conséquence. Dans ce cas, c'est la structure du marché qui fait l'objet de l'attention de l'autorité de concurrence dans son souci d'éviter que les stratégies des opérateurs perdent leur autonomie, plutôt que le bien-être des consommateurs pour lesquels la pratique litigieuse est à peine perceptible.

Si la neutralité de la pratique sur les consommateurs n'est pas de nature à exempter l'échange litigieux, il n'en va pas de même si celui-ci emporte des conséquences réellement positives à l'égard des consommateurs. Des gains d'efficacité suffisamment importants peuvent être de nature à faire bénéficier l'échange d'informations d'une certaine bienveillance.

B/ L'échange d'informations protégées favorable aux consommateurs

408. Les échanges d'informations protégées peuvent également comporter des répercussions à l'avantage des consommateurs de nature à influencer l'appréciation concurrentielle de la pratique litigieuse. D'un point de vue chronologique, la prise en compte des effets positifs de l'échange d'informations sur les consommateurs s'effectue en aval de la qualification de la communication de données en pratique anticoncurrentielle.

409. Gains d'efficacité de l'échange d'informations sur les consommateurs. Les gains d'efficacité de l'échange d'informations pour les consommateurs sont variés. Il est toutefois possible d'appréhender deux types de gains principaux : une meilleure adaptation de l'offre à la demande et une meilleure information des consommateurs.

[1871] CA Paris 1ère Chambre Section H 26 septembre 2006, Le Bristol et a., RG n°2005/24285
[1872] V. Lorieul Et P. Wilhelm, « Etude Du Nouveau Paquet Restrictions Horizontales », ccc n°3, Mars 2011, étude 4, p. 7

410. Echange d'informations et adaptation de l'offre. Certains échanges d'informations protégées sont susceptibles d'améliorer les performances des entreprises et partant de profiter aux consommateurs. Outre une optimisation générale des capacités des entreprises résultant de la comparaison avec les meilleures pratiques du secteur[1873], les échanges d'informations peuvent engendrer une fluidité accrue des marchés en ajustant l'offre à la demande[1874] en qualité mais aussi en quantité. Grâce à la communication des données, les opérateurs sont à même de diriger leur production vers les marchés avec une demande importante[1875] et d'éviter des hypothèses de sous ou surproduction[1876]. La mise en œuvre de tels mécanismes permet en outre une réduction des stocks inutiles[1877] et donc une diminution des coûts au bénéfice des consommateurs. Les échanges d'informations peuvent également faciliter un acheminement plus rapide de denrées périssables[1878], restreignant les cas de perte de ces produits, au bénéfice à la fois de l'entreprise et des consommateurs. La Commission présente ainsi un exemple dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[1879] où le système d'échange d'informations portant sur la demande de jus de carotte réduit sensiblement les cas dans lesquelles la demande ne pouvait pas être satisfaite et concomitamment augmente la quantité de jus écoulé sur le marché par une meilleure répartition des produits dans les points de vente. L'adaptation de l'offre en quantité rejoint alors son adaptation en qualité. L'exemple pris par la Commission précise de surcroît que les données communiquées sont publiques et agrégées. L'échange d'informations est alors strictement limité à ce qui est nécessaire pour remédier aux difficultés du marché.

Il aurait été intéressant que la Commission propose un exemple plus nuancé. Dans l'hypothèse présentée, les caractéristiques de l'échange (données publiques diffusées sur le site internet de l'organisme chargé de collecter les informations et agrégées de façon à ne pas pouvoir identifier les capacités de chaque agent économique) limitent en elles-mêmes les risques d'atteinte à la concurrence, tous les opérateurs, en ce compris les consommateurs,

[1873] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 95

[1874] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n°4, 27 janvier 2011, 1052

[1875] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 96

[1876] F. Venayre, « Les apports de ka théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », rlc février-avril 2005 n°2, Etude-perspective p.122 n°178

[1877] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 96

[1878] *Ibid.*.

[1879] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 110 – exemple 6

ayant accès aux informations agrégées échangées. Une telle prudence de la Commission s'explique par l'appréciation éminemment conjoncturelle de la portée concurrentielle des échanges d'informations. Cela aboutit néanmoins à laisser les opérateurs économiques livrés à eux-mêmes dans l'appréciation des échanges d'informations qu'ils sont susceptibles d'avoir avec leurs concurrents.

411. Les échanges d'information peuvent également avoir des conséquences positives sur la qualité de l'offre, en particulier sur les marchés caractérisés par une forte asymétrie d'informations tels que le secteur bancaire et les assurances. La Commission dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale précise à cet égard qu'un échange d'informations dans ces domaines permet d'identifier les consommateurs pour lesquels le risque est moindre et auxquels il conviendrait de proposer des prix moins élevés[1880].
Outre l'adaptation de l'offre à la demande, les échanges d'informations peuvent améliorer la demande à l'offre par une meilleure information des consommateurs, alors à même de rechercher précisément le produit de nature à satisfaire leurs besoins.

412. Echange de données et amélioration de l'information des consommateurs. Une meilleure information des consommateurs sur les entreprises ainsi que sur leurs produits leur permet de faire un choix éclairé, à moindre frais en prenant en considération la qualité des produits[1881], leurs prix et les parts de marché des entreprises[1882]. Les consommateurs bénéficient alors d'un véritable avantage résultant de l'échange d'information qui autorise une meilleure planification de leurs dépenses. Ce bénéfice réel pour les consommateurs stimule à la fois la libre concurrence et la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques désireux de gagner des parts de marché. L'information des consommateurs, outre un bénéfice individuel, peut ainsi se traduire par une amélioration de la concurrence à travers un accroissement de l'élasticité de la demande[1883]. Une plus grande élasticité augmente le gain immédiat à dévier d'un accord collusif[1884] avec pour conséquence un renforcement de la concurrence et une diminution des risques de coordination pérenne. La communication de

[1880] *Ibid..,* pt 97
[1881] Ph. Choné, « Les échanges d'informations, Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre-décembre 2011 n°29, p.138 n°1958, voir également V. Lorieul Et P. Wilhelm, « Etude Du Nouveau Paquet Restrictions Horizontales », ccc n°3, Mars 2011, étude 4, p. 7
[1882] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pts 98 et 99
[1883] OCDE, Direction des Affaires Financières et des Entreprises – Comité de la concurrence, 2 octobre 2007, table ronde sur les pratiques de facilitation dans le cadre des oligopoles
[1884] *Ibid..*

données apparaît ainsi nettement favorable aux consommateurs. Il convient toutefois de s'interroger sur la question de savoir si ces gains sont suffisants pour faire échapper l'échange d'informations à une sanction par les autorités de concurrence.

413. Appréciation stricte de la répercussion sur les consommateurs. L'article 101 paragraphe 3 TFUE permet une exonération des pratiques dont les gains d'efficacité excèdent les atteintes à la concurrence en résultant[1885]. Les gains d'efficacité de la pratique (« *le profit qui en résulte* ») doivent bénéficier aux utilisateurs pour une part « *équitable* ». Selon la lettre du Traité, il importe, pour qu'un échange d'informations puisse être exempté, qu'il profite dans une certaine mesure aux consommateurs et qu'il ne comporte pas de restrictions de concurrence non nécessaires pour atteindre son objectif. La Commission dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[1886] semble avoir une interprétation stricte de cette exigence en indiquant que « *les gains d'efficacité résultant de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs dans une mesure qui compense les effets restrictifs sur la concurrence découlant de l'échange d'informations* ». Certains auteurs[1887] ont déduit de cette différence de terminologie et notamment, semble-t-il, de l'usage du verbe « devoir », une obligation pour les gains d'efficacité d'avoir un impact direct sur les consommateurs de façon à compenser exactement les effets anticoncurrentiels de l'échange d'informations. Cette position nous paraît excessive, en particulier compte tenu du caractère de *soft law* des lignes directrices. Plus qu'un impératif dirimant, il nous semble que la formulation de la Commission attire l'attention du praticien sur la nécessité de démontrer, non seulement l'existence des gains d'efficacité de l'échange d'informations, mais également ses répercussions sur les consommateurs, pour avoir une chance de bénéficier de l'article 101 paragraphe 3 TFUE. Pour étayer cette vision, la Commission mentionne notamment les différences d'appréciation résultant de la puissance de marché des opérateurs économiques :

[1885] Article 101 §3 TFUE : « *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :*
- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées
qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:
a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

[1886] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontales (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 103

[1887] C. Vilmart et Ch. Vilmart, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », JcpE n° 4, 27 Janvier 2011, 1052

si l'agent détient un pouvoir de marché limité, il est probable que les gains d'efficacité seront effectivement reportés sur les consommateurs de telle sorte que ces gains primeront les effets éventuellement restrictifs de concurrence de l'échange d'informations[1888]. L'appréciation concurrentielle des échanges d'informations étant empreinte de casuistique, il nous semble opportun que la Commission insiste sur les aspects qui doivent faire l'objet d'un examen approfondi pour sanctionner ou exempter une pratique suspecte. En tout état de cause, la prépondérance de gains d'efficacité au profit des consommateurs est de nature à exonérer un échange d'informations protégées à la portée litigieuse. Cette exonération se fait alors au bénéfice des libertés économiques, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des opérateurs s'exprimant pleinement dans le respect de la liberté de la concurrence.

Il résulte de ce qui précède que le consommateur apparaît comme un point de pivot dans l'analyse de la portée d'un échange d'informations protégées au regard du droit de la concurrence. Son influence est notable, non seulement lors de la qualification de l'échange comme pratique anticoncurrentielle, l'accès des consommateurs aux données communiquées étant de nature à influer ladite qualification, mais également lors de l'examen d'une éventuelle exemption par l'étude des répercussions de la pratique à leur égard.

414. Conclusion du Chapitre. Les échanges d'informations protégées sont susceptibles de restreindre la concurrence, soit en tant que pratique facilitatrice de la collusion, soit en tant que tels. Dans cette seconde hypothèse, il n'est pas nécessaire de qualifier d'entente un autre mécanisme dont l'échange serait le support. L'échange d'informations protégées s'analyse alors en une pratique concertée, dont la portée doit être appréciée au regard de l'article 101 paragraphe 1 TFUE ou L.420-1 du code de commerce. Il ne s'agit pas d'un accord proprement dit, mais de la mise en œuvre d'une coordination entre opérateurs au risque de la concurrence. L'autonomie de la volonté des entreprises reste néanmoins à l'origine de leur comportement. Le caractère anticoncurrentiel de la divulgation d'informations protégées est apprécié au regard de l'objet ou des effets de l'échange qui doit anéantir l'autonomie décisionnelles des entreprises.

[1888] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontales (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, précitées, pt 103

415. S'agissant de l'objet anticoncurrentiel d'un échange d'informations, les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[1889] retiennent expressément deux cas où les échanges d'informations sont constitutifs d'une restriction par objet. Les transmissions de données relatives aux prix futurs et aux quantités envisagées sont systématiquement sanctionnés, étant précisé qu'une exemption individuelle de tels échanges sur le fondement de l'article 101 paragraphe 3 paraît plus qu'improbable. La Commission, comme l'Autorité de la concurrence, estiment que la divulgation de ces éléments élimine l'incertitude nécessaire à une concurrence normale. Ces échanges sont, en conséquence, interdits. Mais il ne faudrait pas réduire les hypothèses d'objet concurrentiel à ces deux seules circonstances ou à l'énoncé des situations mentionnées par l'article 101 paragraphe 1 TFUE. L'objet anticoncurrentiel de l'accord se définit par son objectif d'élimination de l'incertitude sur le comportement des concurrents et la perte d'autonomie corrélative des parties à l'échange.

S'agissant des effets anticoncurrentiels d'un échange d'informations protégées, ils sont appréciées au regard de nombreux critères tenant à la structure du marché, de la nature et de la temporalité des données communiquées, des circonstances et de la fréquence de l'échange, etc… *In fine*, leur usage effectif doit aboutir à une perte d'autonomie des opérateurs au préjudice de la concurrence. A cet égard, sont non seulement appréciés les effets réels de l'échange sur la concurrence, mais également ses effets potentiels.

416. La sanction des échanges anticoncurrentiels se fonde alors sur une appréciation de leur portée tant vis-à-vis des entreprises que des consommateurs. Ceux-ci apparaissent comme un facteur pris en compte à la fois au stade de la qualification de l'échange et à celui de son éventuelle exemption individuelle. L'inclusion des consommateurs parmi les destinataires de la divulgation de l'information protégée est ainsi de nature à réduire ses effets potentiellement anticoncurrentiels. A l'inverse, la communication d'informations protégées strictement circonscrite aux opérateurs parties à l'échange présente un caractère suspect. En aval, les gains d'efficacité engendrés par la pratique au bénéfice des consommateurs peuvent être de nature à permettre l'application de l'article 101 paragraphe 3 TFUE. Les effets favorables et dévaforables des échanges d'informations protégées sur les consommateurs, influent de la sorte sur leurs répercussions à l'encontre des libertés économiques des opérateurs.

L'une des difficultés d'appréciation des échanges d'informations protégées vient de l'absence de règle « fixe », faisant ainsi régner une casuistique en ce domaine. Les lignes directrices sur

[1889] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, précitées, pt 74

les accords de coopération horizontale de la Commission, reprenant les enseignements de la jurisprudence européenne, se présentent comme un guide, source d'orientations, non de règles immuables. L'analyse concurrentielle de l'échange par la Commission ou l'Autorité de la concurrence[1890] reste alors contingente aux appréciations inhérentes à chaque cas d'espèce. Il est possible de regretter que seuls un droit mou et la méthode du faisceau d'indices traitent de ces questions, aboutissant à une certaine insécurité juridique pour les opérateurs. Ce traitement permet néanmoins une plus grande part laissée à l'autonomie de la volonté des opérateurs pour mettre en œuvre des pratiques compatibles avec le droit de la concurrence et dont les consommateurs puissent bénéficier. La méthode du faisceau d'indices évite, de surcroît, un risque d'arbitraire en ce domaine[1891]. La liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des opérateurs s'en trouvent préservées, sous réserve du respect des exigences du droit de la concurrence

417. Conclusion du Titre. L'information est devenue l'un des facteurs de mise en œuvre de la concurrence : recherchée par les agents économiques, elle leur permet d'adapter leur stratégie au regard de leurs concurrents et des consommateurs. Dans un contexte d'asymétrie d'informations, les échanges portant sur les données protégées des opérateurs apparaissent comme un moyen fiable d'augmenter la transparence du marché au bénéfice de tous ses acteurs. Pour autant « l*es échanges d'informations sont ambivalents et nous invitent à la circonspection* »[1892]. S'ils apparaissent favorables à la concurrence et à la liberté d'entreprendre des entreprises par le renforcement de leur capacité d'action sur le marché, cette appréciation positive est circonscrite aux échanges entre opérateurs de faible importance, aux non-concurrents ou aux pratiques couvrant des données dont les caractéristiques préservent l'autonomie des opérateurs.

La frontière entre l'encouragement et l'atteinte à la concurrence se concentre dans l'aptitude des agents à conserver leur indépendance décisionnelle. Une trop grande transparence du marché, en particulier lorsqu'il est fortement concentré, peut aboutir à un dysfonctionnement du processus concurrentiel[1893]. Aucune règle stricte ne venant fixer le degré de transparence

[1890]P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité

[1891] J. Jenny, Préface de la thèse de L. Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence : Litec, 2001, cité in P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité

[1892] E. Claudel, « Ententes : la Cour de cassation refuse de sanctionner *per se* l'échange d'informations entre oligopoleurs », RTD Com. 2007 p.707

[1893] P. Wilhelm et F. Vever, « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », précité

souhaitable entre concurrents[1894], l'appréciation des échanges d'information varie au gré des espèces et des marchés concernés, constituant tour à tour un élément au service des libertés économiques ou un vecteur d'atteinte à celles-ci lorsque leur objet ou leurs effets anéantissent l'incertitude nécessaire au fonctionnement sain du marché.

418. Les libertés économiques apparaissent sous-jacentes dans l'appréhension concurrentielle des échanges d'informations protégées. La préservation de la libre concurrence constitue ainsi un prérequis indispensable à la tolérance d'une communication de données protégées. Corrélativement, un échange d'informations susceptible de nuire au jeu normal de la concurrence ne peut faire l'objet d'aucune bienveillance. La liberté d'entreprendre des opérateurs et leur liberté contractuelle sont également favorisées par les échanges d'informations lorsque leur portée est réduite ou quand ils engendrent de tels gains d'efficacité que leur impact sur la concurrence est bénéfique. A l'inverse, ces libertés se trouvent contraintes dès lors que l'échange d'informations anéantit l'incertitude concurrentielle[1895].

L'étude des échanges d'informations est symptomatique de l'influence réciproque exercée par la divulgation de l'information protégée sur les libertés économiques, entre renforcement et atteinte. Elle donne à voir un exemple supplémentaire du mouvement d'oscillation qui accompagne les interactions entre ces notions. Au-delà du cadre des échanges réciproques, la divulgation unilatérale de l'information protégée influence les libertés économiques selon le cadre et les objectifs qu'elle entend satisfaire.

[1894] *Ibid.*.
[1895] Cons. Conc. 5 octobre 2006, avis 06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels dans la région de Mulhouse p.19 : « *L'indépendance de chaque entreprise dans ses décisions de prix, et plus généralement dans sa stratégie commerciale, représente une condition indispensable pour que se développe le libre jeu de la concurrence* ».

TITRE II
LA STIMULATION DES LIBERTES ECONOMIQUES PAR LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE

419. L'influence de la divulgation de l'information protégée sur les libertés économiques est particulièrement perceptible dans deux hypothèses dont la vocation commune est de faciliter l'exploitation de l'information protégée. Celle-ci se traduit, soit par la mise en œuvre d'une concentration de données organisée par plusieurs opérateurs sous l'égide d'un organisme tiers, soit suivant la politique personnelle et l'unique volonté du détenteur de l'information protégée.

Dans le premier cas, la divulgation des informations protégées s'inscrit dans un processus motivé par la réalisation de l'intérêt général, à travers l'élaboration encadrée de normes favorisant l'interopérabilité, le cas échéant *via* des mécanismes de regroupements de technologie. Elle constitue alors une source de développement des libertés économiques (**Chapitre 1**). Dans la seconde hypothèse, une idéologie altruiste se conjugue à la préservation d'intérêts privés pour offrir un accès élargi à des informations protégées, aboutissant à un renouvellement des libertés économiques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 L'affermissement des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée

Chapitre 2 Le renouvellement des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée

CHAPITRE 1
L'AFFERMISSEMENT DES LIBERTES ECONOMIQUES PAR LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE

420. La divulgation de l'information protégée conforte l'intérêt général[1896] lorsqu'elle permet une amélioration de l'interopérabilité des produits qui se définit comme la *« faculté de communication, d'échange, pour ainsi dire de compréhension entre des programmes informatiques et plus largement entre des technologies différentes »*[1897]. Les libertés économiques bénéficient particulièrement de cette divulgation car, fondée sur la liberté contractuelle, elle permet un renforcement, tout à la fois, de la liberté d'entreprendre et de la concurrence. La recherche de l'interopérabilité est souvent le corollaire de la création d'une norme et le phénomène de normalisation apparaît à l'origine d'un renforcement des libertés économiques (**Section I**). Ce mouvement resterait toutefois inefficace s'il n'était pas mis en œuvre via le mécanisme des regroupements de technologies (**Section II**).

Section I – La divulgation d'informations normalisées, facteur de développement des libertés économiques

421. Il existe deux types de normes : normes de droit, *de jure,* et normes de fait, *de facto*. Les premières sont adoptées au sein d'un organisme de normalisation, français[1898], européen[1899],

[1896]Dont celui des consommateurs *via* une réduction des coûts et une offre plus variée et importante qui apparaît nettement dès lors qu'ils peuvent bénéficier de technologies compatibles entre elles cf T. Schrepel, « L'innovation prédatrice sur les marchés des nouvelles technologies : analyses croisées en droit européen et nord-américain », sous la direction conjointe de M. Malaurie-Vignal et S. W. Waller, soutenue le 12 décembre 2016 à l'université de Versailles- Saint Quentin en Yvelines - Paris Saclay, n°391

[1897] V. H. Bitan, « La loi DADVSI ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », rldi n°29, 2007, Perspectives – Analyse n°972 p.64. La notion d'interopérabilité est encore fluctuante. La directive n°91/250 du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, Considérant n°12 (codifiée par la directive 2009/24/Ce du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Considérant n°10) la définit comme *« la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées* », tandis que des auteurs tentent d'en cerner les contours de manière plus exhaustive. Ainsi, N. David-Warcholak, in « Interopérabilité et droit du marché », thèse sous la direction de J.-P. Clavier, soutenue le 24 juin 2011 à l'université de Nantes en propose la définition suivante (pt 83) : *« l'interopérabilité serait la capacité de plusieurs éléments hétérogènes matériels ou immatériels, complémentaires ou substituables à fonctionner ensemble grâce à l'adoption de caractéristiques communes, impliquant le recours à une ou plusieurs normes ou standards techniques, généralement ouverts, afin d'aboutir à un résultat parfait. Cette interopérabilité peut impliquer le recours à des interfaces physiques ou logiques* ». M. Duponchelle retient quant à elle dans sa thèse « Le droit à l'interopérabilité – Etude de droit de la consommation », sous la direction de J. Rochfeld, soutenue le 9 avril 2015 à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), la définition ci-après reproduite (pt25 p.42) : « *la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication*. »

[1898] Tel que l'AfNor (Association Française de normalisation)

américain[1900] ou international[1901] qui coordonne la procédure de standardisation avec les différentes parties prenantes[1902]. Dans ce cas, l'inclusion dans la norme de technologies détenues par des opérateurs se fait en amont de son adoption[1903]. A l'inverse, les normes de fait ne répondent pas à un processus d'adoption encadré par un organisme tiers mais résultent de la mise en œuvre généralisée d'une technologie « *par les acteurs du marché et accepté par le public* »[1904]. Dans ce cadre, le standard résulte, le plus souvent, d'une imposition unilatérale de la norme *ex post*[1905]. Le développement des libertés économiques grâce à la divulgation de l'information protégée est perceptible lors du processus de normalisation en tant que tel (**§1**). Le phénomène de standardisation s'accompagne en effet d'une mise en œuvre accrue des libertés économiques qui prennent toute leur dimension. La divulgation d'informations standardisée n'est toutefois pas exempte de risques concurrentiels, mais ceux-ci se trouvent jugulés par les conditions dans lesquelles elle doit s'exercer (**§2**).

§1 - La divulgation de l'information protégée dans le cadre de la normalisation, vecteur de renforcement des libertés économiques

422. Le renforcement des libertés économiques dans le cadre de travaux de normalisation se manifeste sous deux aspects distincts. Il s'agit, en premier lieu, de la normalisation en elle-même qui s'avère valorisante pour les libertés économiques à travers la mise en avant de la liberté contractuelle des opérateurs au service de la concurrence (**A**). En second lieu, c'est au cours du processus d'élaboration de la norme que les libertés économiques se trouvent préservées (**B**).

[1899] Tel que l'ETSI (European Telecommunication Standard Institut) ou le CEN (Comité Européen de Normalisation)

[1900] Tel que le JEDEC (Joint Electron Device Engineering Council) ou VITA (VMEbus International Trade Association) accrédité par l'ANSI (American National Standards Institute)

[1901] Dont le plus connu est dans doute l'ISO (International Organization for Standardization)

[1902] OMPI - Comité permanent du droit des brevets, « Normes techniques et brevets », Treizième session Genève, 23 - 27 mars 2009, n°35 p.10

[1903] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », éd Bruylant 2014 n°448 ; également N. Petit, « *Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence* », in Propriété intellectuelle et concurrence – pour une (ré)conciliation, Colloque IRPI, éd. LexisNexis 2012 Coll. Irpi n°40, p. 35

[1904] Comité permanent du droit des brevets, « Normes techniques et brevets », n°35 p.10

[1905] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », n°448, précité ; mais il peut également s'agir du résultat d'un accord entre entreprises *ex ante* sans la participation d'un organisme tiers cf N. Petit, « *Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence* », précité, évoquant le cas de la technologie du CD d'abord adoptée de manière informelle puis retenue comme norme ouverte par la Commission électrotechnique internationale (CEI)

A/ La divulgation par la normalisation favorable aux libertés économiques

423. Une activité d'intérêt général favorable à l'innovation et à l'interopérabilité. L'article 2 du règlement n°1025/2012 du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne retient qu'une norme est « *une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire* ». L'activité de normalisation consiste donc, selon le premier considérant de ce même règlement, à caractériser les « *prescriptions techniques ou qualitatives volontaires auxquelles des produits, des procédés de fabrication ou des services actuels ou futurs peuvent se conformer* ». De la même manière, le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation la décrit comme « *une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* ». Il résulte de ces textes que la normalisation peut se définir comme une activité requérant l'application de principes, reconnus par l'Organisation mondiale du commerce[1906], tels que la cohérence, la transparence, l'ouverture, le consensus, l'application volontaire, l'indépendance par rapport aux intérêts particuliers et l'efficacité, destinée à encourager le développement économique et l'innovation. La mise en œuvre de ces préceptes aboutit à, non seulement préserver, mais également encourager les libertés économiques des opérateurs.

424. L'affermissement des libertés économiques à travers le processus de normalisation est notamment rendu perceptible par les gains d'efficacité que celui-ci produit[1907], grâce à la mise en œuvre de la liberté contractuelle des entreprises. Les normes permettent le développement de produits et, le cas échéant, de marchés nouveaux, augmentant ainsi le choix des

[1906] Décision sur les principes devant régir l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux en rapport avec les articles 2 et 5 et l'annexe 3 de l'Accord OTC (Accord sur les obstacles techniques au commerce du cycle d'Uruguay), figurant dans l'annexe B du document G/TBT/1/Rev.10. ; Voir également le Règlement n°1025/2012 du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne faisant référence à ces principes dans le Considérant 2) ainsi que ¨P. Lamy, « Avant-propos. L'OMC et les normes internationales », Annales des Mines - Responsabilité et environnement n°67 juillet 2012

[1907] Le professeur Petit liste à cet égard trois types de gains d'efficacité : « efficacité allocative » intensifiant la substituabilité des produits aux yeux des consommateurs, « efficacité productive » réduisant les coûts notamment de production, et « efficacité dynamique » permettant l'innovation cumulative par le biais d'amélioration aux produits existants cf N. Petit, « *Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence* », précité

consommateurs[1908]. *Via* la baisse des coûts de production et de vente, les normes augmentent la concurrence en favorisant l'interopérabilité[1909] : les produits suivant les mêmes standards se révèlent compatibles voire interchangeables, et la concurrence se trouve renforcée par une offre plus importante et par une diminution de l'asymétrie d'information[1910]. Les normes apparaissent également favorables à l'innovation en permettant aux opérateurs de tirer profit des solutions adoptées[1911]. Particulièrement dans le domaine de la recherche et du développement, la normalisation permet de combler « *le fossé entre la recherche et le marché* » et de stimuler « *la dissémination et l'exploitation des résultats de la recherche* »[1912]. Elle améliore en outre la compétitivité des entreprises[1913] et profite au bien-être des consommateurs[1914] en facilitant la libre circulation des biens et des services, l'interopérabilité des réseaux, le fonctionnement des moyens de communication et le développement technologique[1915]. Toutefois, afin que les accords de normalisation puissent offrir ces avantages, il est nécessaire que le système réponde aux impératifs précédemment évoqués de cohérence, transparence, ouverture, consensus, application volontaire, efficacité et indépendance au regard des intérêts particuliers. Il s'en suit notamment que les normes ne doivent couvrir que ce qui est strictement nécessaire à leurs objectifs[1916] de manière à ne pas limiter inutilement la liberté d'entreprendre des opérateurs.

425. Un système ouvert et transparent. Le processus de normalisation doit offrir certaines garanties, telles qu'une mise en œuvre ouverte et transparente[1917]. Cela se traduit d'abord par l'exigence que toutes les parties intéressées collaborent à l'élaboration de la norme. Concrètement, tant les grandes firmes industrielles que les PME et les associations de

[1908] Communication de la Commission - Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011, pts 263 et 308
[1909] *Ibid.*.
[1910] H. Aubry, « La normalisation au regard des règles de concurrence », ccc Mars 2016, n° 3, étude 3
[1911] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 308 ; voir également Aut. Conc. Avis du 25 juin 2010 sur la révision des règles européennes applicables aux accords de coopération horizontale
[1912] Rapport sur les normes européennes – mise en œuvre du règlement (UE) nº 1025/2012 (2016/2274(INI)), n° A8-0213/2017, Parlement européen - Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Rapporteure: Marlene Mizzi ; 9 juin 2017
[1913] H. Aubry, « La normalisation au regard des règles de concurrence », précité
[1914] Rapport sur les normes européennes n° A8-0213/2017, 9 juin 2017, précité
[1915] Règlement n°1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, Considérant 3)
[1916] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 317
[1917] L. Idot, « Accords horizontaux », Europe n° 2, Février 2011, comm. 68 ; en particulier compte tenu du fait que de nombreuses plaintes et affaires liées à la normalisation résultent d'un manque de transparence durant le processus de sélection cf Commission UE, MEMO/10/676, 14 déc. 2010, « Concurrence : la Commission adopte des règles de concurrence modifiées concernant les accords de coopération horizontale

consommateurs ainsi que, le cas échéant, les associations environnementales et sociales[1918] doivent pouvoir intervenir dans la construction de la norme[1919]. Cette participation doit s'accompagner de « *procédures objectives et non discriminatoires aux fins de l'attribution des droits de vote, ainsi que, le cas échéant, de critères objectifs pour la sélection de la ou des technologies incluses dans la norme* »[1920]. Il existe en effet un risque que pour des questions de moyens et de facilité de représentation, les organismes de normalisation comptent essentiellement des industriels. Une norme conçue dans ces conditions ne serait vraisemblablement pas à même de prendre en compte les points de vue pas ou peu représentés, au risque d'aboutir à une norme partiale uniquement favorable à certains opérateurs au détriment de la concurrence.

De surcroît, les différentes parties prenantes doivent pouvoir s'informer des travaux à venir, en cours et achevés.[1921] Corrélativement à cette exigence, il est indispensable que les informations nécessaires aux fins de l'application de la norme soient effectivement disponibles pour les agents souhaitant entrer sur le marché[1922]. Les opérateurs doivent donc être à mêmes d'accéder à ces résultats[1923], en ce compris l'existence éventuelle de droits de propriété intellectuelle afférents, sous peine de voir la normalisation produire des effets anticoncurrentiels[1924]. L'accessibilité de la norme se vérifie aux conditions imposées à ceux qui souhaiteraient en prendre connaissance. Toute mise à disposition à des conditions inéquitables, discriminatoires ou prohibitives[1925] serait de nature à constituer un refus d'accès anticoncurrentiel. On peut s'interroger à cet égard sur les conséquences de la politique de prix pratiqués par les organismes de normalisation[1926] tels que l'Association française de normalisation (ci-après AFNor), qui limite de fait l'accès à l'information protégée que

[1918] Règlement n°1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne ; voir également Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 295, ainsi que le Rapport sur les normes européennes n° A8-0213/2017, 9 juin 2017, précité ; voir également H. Aubry, « La normalisation au regard des règles de concurrence », précité
[1919] M. Lanord Farinelli, « La norme technique : une source du droit légitime ? », RFDA 2005 p.738
[1920] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 281
[1921] *Ibid..,* pt 282 ; voir également P. Wilhelm et V. Lorieul, « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », ccc n° 3, Mars 2011, étude 4
[1922] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 309
[1923] *Ibid..*, pts 283 et 294
[1924] *Ibid..*, pts 268 et 280
[1925] *Ibid..*, pts 283 et 294
[1926] « *En dehors du cas où elles sont rendues obligatoires par voie d'arrêté, les organismes de normalisation vendent les normes d'application volontaire et n'en permettent pas la copie* » cf A. Penneau et D. Voinot, JCl Concurrence – Consommation, Fasc. 970 : Normalisation, Cote : 05,2010, Date de fraîcheur : 01 Octobre 2010, pt 107 ; C'est le cas de l'AFNor, des organismes de normalisation ISO, Vita, IEEE etc…

constitue la norme et sans laquelle les entreprises ne peuvent espérer proposer des produits ou services conformes à celle-ci.

426. Un système volontaire et consensuel. La normalisation se caractérise par la place prépondérante laissée à la liberté contractuelle. Le système est fondé sur la volonté des opérateurs de concevoir ensemble un document de référence contenant un certain nombre de spécifications déterminées à l'issue d'un processus de concertation. Le décret du 16 juin 2009 indique en son article 1er alinéa 1, que : « *La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations.*» Le consensus[1927] est à l'origine du phénomène de normalisation. Il en est également le résultat : la norme ne peut être que l'aboutissement d'un accord entre les opérateurs.

L'autonomie de la volonté des opérateurs est également perceptible lors de l'application de la norme. Celle-ci se distingue en effet par son caractère consenti[1928] : sauf exception, une norme est d'application volontaire[1929]. La Commission européenne insiste sur l'espace de liberté laissé aux opérateurs et de nature à avoir des répercussions sur une éventuelle qualification anticoncurrentielle de l'accord de normalisation: « *si du fait de l'accord de normalisation qui les lie, les membres ne sont autorisés à fabriquer que des produits conformes à la norme, le risque d'un effet négatif éventuel sur la concurrence est sensiblement accru et pourrait, dans certaines circonstances, déboucher sur une restriction de la concurrence par objet* »[1930]. Le droit français prévoit toutefois la possibilité qu'une norme puisse être rendue obligatoire par voie d'arrêté du ministre chargé de l'industrie[1931]. Dans une telle hypothèse et suivant un

[1927] D. Wolff, « Economie de l'innovation : le rôle des normes techniques et des brevets », Vie & sciences de l'entreprise, 2010/1 N° 183-184, p. 56-70
[1928] Décret 16 juin 2009, article 17 al 1; Règlement n°1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, article 2 ; voir également Rapport sur les normes européennes n° A8-0213/2017, 9 juin 2017, précité et le Projet de Rapport sur les normes européennes – mise en œuvre du règlement (UE) nº 1025/2012 (2016/2274(INI)) - 2016/2274(INI) du 4 janvier 2017, du Parlement européen 2014-2019 - Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Rapporteure: Marlene Mizzi
[1929] M. Lanord Farinelli, « La norme technique : une source du droit légitime ? », RFDA 2005 p.738
[1930] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 293
[1931] Décret du 16 juin 2009, article 17 al 2

impératif d'accessibilité[1932], le décret impose que de telles normes obligatoires puissent être consultées gratuitement sur le site de l'AFNor[1933]. A cet égard, par une décision du 28 juillet 2017, le Conseil d'Etat[1934] a annulé partiellement un arrêté rendant obligatoire l'application de normes qui ne pouvaient être consultées gratuitement sur le site de l'AfNor. Il précise que la circonstance que « *le Comité européen de normalisation détiendrait des droits de propriété intellectuelle sur ces normes ne saurait par elle-même faire légalement obstacle à l'obligation qui s'impose à l'autorité publique de s'assurer que ces normes soient gratuitement accessibles* ». Nous ne pouvons que souscrire à ce raisonnement, d'autant plus que l'existence de droits de propriété intellectuelle sur des normes, entendu vraisemblablement comme un droit d'auteur, nous paraît plus que douteuse compte tenu du manque d'originalité dans la formulation de ces règles.

En tout état de cause, seule la puissance publique est à même de rendre une norme obligatoire. Cela ne saurait être le cas d'un organisme privé de normalisation. Il est néanmoins à noter que les opérateurs ont tout intérêt à suivre une norme, même non contraignante, pour améliorer l'interopérabilité, l'attractivité et la diffusion de leurs produits. La norme peut alors se trouver rendue obligatoire de fait.

427. Un système fondé sur les libertés économiques. Il résulte de ce qui précède que la normalisation est fondée sur la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des parties, l'objectif avoué de la normalisation étant de créer des spécifications favorables à l'interopérabilité et à la compatibilité technique des produits. Les opérateurs membres d'un organisme de normalisation développent ensemble des règles volontaires de nature à renforcer la concurrence. La normalisation apparaît ainsi comme le vecteur du renforcement des libertés économiques. Cet affermissement est néanmoins soumis au respect de l'exigence d'accessibilité de la norme[1935], sans laquelle la normalisation devient un carcan anticoncurrentiel limitant la liberté d'entreprendre des parties et la concurrence en général. La

[1932] Et en conformité avec l'impératif du droit à l'accès à la règle de droit cf A. Penneau et D. Voinot, JCl Concurrence – Consommation, Fasc. 970 : Normalisation, précité, pt 9 ; voir également LAMURE, E., « Rapport d´information fait au nom de la commission des affaires économiques sur l'impact de la normalisation », enregistré à la Présidence du Sénat le 12 juillet 2017, session extraordinaire de 2016-2017, n° 627, spéc. p.98-99

[1933] Si la consultation est gratuite, il n'est en revanche pas possible de télécharger gratuitement les normes obligatoires cf https://www.boutique.afnor.org/faq-norme

[1934] CE 6ème chambre 28 juillet 2017, N° 402752, ECLI:FR:CECHS:2017:402752.20170728, Inédit au recueil Lebon

[1935] L. Idot, « Accords horizontaux », Europe n° 2, Février 2011, comm. 68, voir également P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », JcpE n° 20, 20 Mai 2010, act. 271

problématique de l'accès ne touche pas seulement la norme en elle-même, mais aussi les droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être intégrés dans la norme.

B/ La divulgation d'informations protégées lors de l'élaboration de la norme favorable aux libertés économiques

428. Le principe de la divulgation. L'exigence de transparence dans le processus de conception de la norme concerne également les droits de propriété intellectuelle susceptibles de cibler tout ou partie du produit ou du service, objet de la norme. Ceci implique que les titulaires de droits de propriété intellectuelle[1936] diffusent de bonne foi[1937] auprès de l'organisme de normalisation leurs informations protégées utiles à l'élaboration de la norme. Cette divulgation a pour objectif de permettre à l'organisme de normalisation et aux utilisateurs de la norme de déterminer auprès de quels opérateurs une licence devra impérativement être conclue préalablement à son application. Il convient toutefois de souligner que seules les informations qui font l'objet d'un droit privatif doivent être transmises. La divulgation des savoir-faire, par essence secrets[1938], n'est pas requise. En conséquence, le détenteur du savoir-faire ne pourra s'opposer à l'usage par ses concurrents de techniques similaires légitimement acquises. Il est en revanche absolument nécessaire que les brevets essentiels à la mise en œuvre de la norme soient divulgués. Le caractère essentiel de ce droit de propriété intellectuelle se caractérise par le fait qu'il est indispensable d'avoir recours à ses enseignements pour faire usage de la norme[1939]. A l'inverse, les brevets non

[1936] Essentiellement des brevets
[1937] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 286
[1938] Voir *supra*
[1939] L'essentialité d'un brevet à une norme se caractérise par le fait « *qu'il n'est pas possible, d'un point de vue technique et en l'état de l'art au moment de l'élaboration de la norme (de préférence) ou a posteriori, de faire, vendre ou louer un équipement, produit ou méthode conforme à cette norme, sans enfreindre leurs propres brevets* » cf F. Bourguet et A. Vives-Albertini, « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », Prop. Int. octobre 2012 n°45, Doctrine p.295 citant le Comité européen de normalisation (CEN) : CEN-CENELEC, Guide 8 *in* Définition 2.6, p.5, Essential Patent, « *patent considered, for the purpose of making a patent declaration to CEN and CENELEC, by the patent holder as 'essential' when, in his own judgment, it is not possible on technical ground, considering the state of the art at the time the standardisation-making process takes place, to make, sell, lease and otherwise dispose an equipment, product or method which comply with a deliverable without infringing his IPR on that Patent* ». Cette définition rejoint celle retenue par l'Institut européen de télécommunication (ETSI) : « *ESSENTIAL: as applied to IPR means that it is not possible on technical (but not commercial) grounds, taking intoaccount normal technical practice and the state of the art generally available at the time of standardization, to make, sell, lease, otherwise dispose of, repair, use or operate EQUIPMENT or METHODS which comply with a STANDARD without infringing that IPR. For the avoidance of doubt in exceptional cases where a STANDARD can only be implemented by technical solutions, all of which are infringements of IPRs, all such IPRs shall be considered ESSENTIAL*. » cf ETSI Directives 8 février 2018, Rules of Procedure – art 15 Definitions n°6 également cité par S. Drillon, « L'abus de position dominante : véritable rempart dans le processus de normalisation », Prop. Int. juillet 2016 n°60, Doctrine p.292 ;

essentiels, dits aussi substituables, peuvent être contournés par des alternatives techniques. S'il n'est pas indispensable de conclure une licence dans leur cas car l'application de la norme peut se faire sans référence à ces droits, il nous paraît toutefois préférable que l'organisme de normalisation en soit informé afin de pouvoir élaborer une norme en pleine connaissance de cause et en privilégiant, le cas échéant, des technologies sur lesquelles il n'existerait pas de droits privatifs[1940]. Cela correspond, en outre, à l'idée que la divulgation doit se faire de bonne foi.

A cet égard, il est possible de s'interroger sur la possibilité pour le détenteur de droits de propriété intellectuelle de déclarer seulement « *qu'il est susceptible de faire valoir des DPI pour une technologie particulière (sans préciser ses revendications en matière de DPI ni les demandes de DPI concernées)*[1941] ». La déclaration de l'éventualité de l'existence de droits sans les définir ne permet en aucun cas à l'organisme de normalisation d'apprécier les conséquences d'une telle divulgation[1942]. Il est possible de la comprendre comme une divulgation *a minima* compte tenu de la difficulté[1943] pour les opérateurs de déterminer précisément les droits qui pourraient se trouver dans le champ de la norme envisagée. Son objectif serait alors pour l'opérateur de se manifester auprès de l'organisme de normalisation, afin d'éviter tout reproche postérieur de dissimulation. Cependant, une telle démarche nous semble au mieux inefficace, au pire comminatoire. Faute de plus amples détails, une telle démarche n'apporte en effet aucun élément utile à l'organisme de normalisation. En revanche, elle peut apparaître comme une menace pesant sur le développement de la norme qui, une fois validée, peut se trouver contrainte par des droits de brevets dont l'existence avait été évoquée mais sans pouvoir en apprécier la portée. Dès lors, elle pourrait être de nature à ralentir, voire anéantir, le processus de conception de la norme.

---

cette définition a été reprise dans la décision du TGI Paris, ord. réf., 8 décembre 2011 : Expertises 2012, n° 366, p. 56, note F. Bourguet. citée par C. Caron, in « L'efficacité des licences dites « FRAND » (ou l'indispensable conciliation entre la normalisation et le droit des brevets d'invention grâce à la stipulation pour autrui) », cce Juillet 2013 n° 7-8, étude 12 : « *le terme « essentiel », appliqué aux droits de propriété intellectuelle, signifie qu'il n'est pas possible, pour des raisons techniques (mais non commerciales), au regard de la pratique normale en cours et la technologie de pointe disponible au moment de la normalisation, de fabriquer, vendre, louer, de disposer d'une quelconque façon, réparer, utiliser ou faire fonctionner l'équipement ou les méthodes qui utilisent une norme, sans porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle*».

[1940] F. Bourguet et A. Vives-Albertini, « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », précité

[1941] *Ibid.*.

[1942] *Ibid.*.

[1943] En termes de temps et de coût de recherche face à une norme en cours d'élaboration dont le champ d'application n'est pas encore défini ; voir également F. Lévêque, La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up, RLC juillet-septembre 2007 n°12, Perspective-Etude p. 170 n°883

429. Le temps de la divulgation. Il est souhaitable que la divulgation ait lieu le plus tôt possible, afin que les discussions puissent prendre en considération l'existence de droits de propriété intellectuelle touchant au domaine de la norme envisagée. Il ne faut pas en revanche que le temps de la divulgation soit figé[1944]. Une entreprise est ainsi susceptible de déposer une demande de brevet ou de racheter des brevets susceptibles de concerner une norme en cours d'élaboration. Une divulgation de bonne foi suppose qu'elle ait lieu dès que son titulaire a été avisé de l'existence et de la portée du droit en cause. La transmission des données protégées doit alors pouvoir avoir lieu de façon continue tout au long de la construction de la norme[1945]. En tout état de cause, les détenteurs de droits doivent faire preuve d'efforts « *raisonnables* »[1946] en vue de l'identification des brevets éventuellement concernés. La définition du caractère raisonnable peut prêter à discussions compte tenu de son manque de clarté. A défaut de précision, elle peut sans doute se comprendre comme l'incitation à effectuer une veille régulière, sans qu'aucune obligation de résultat ne puisse être imputée aux entreprises, leur laissant par là-même une certaine marge de manœuvre.

430. Le risque de la non-divulgation. L'incorporation d'une technologie brevetée dans une norme octroie une position avantageuse[1947] pour le titulaire du brevet qui a alors tout intérêt au développement et à la diffusion de la norme. La normalisation et l'innovation apparaissent complémentaires dans un « *cercle vertueux* »[1948]. Cette vertu peut toutefois se transformer en vice dès lors que le titulaire de droits dédaignant une communication précoce cherche à tirer avantage d'une divulgation tardive. En effet, un opérateur détenant des brevets essentiels à la mise en œuvre d'une norme est susceptible d'acquérir la maîtrise de cette dernière[1949] en bloquant ou en imposant des conditions iniques à son application, à l'inverse de la philosophie de la normalisation[1950]. De surcroît, si la norme constitue une barrière à l'entrée, l'opérateur

[1944] Il peut arriver par exemple qu'une entreprise doive attendre le dépôt d'une demande de brevet
[1945] Mais avant l'adoption de la norme cf Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 285. Sur les risques concurrentiels d'une divulgation tardive, voir *infra*
[1946] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 286
[1947] A la fois position stratégique de « *leader technologique* » cf J. Pillot, « Comment s'établit un standard technologique : la stratégie de Sony sur le marché des lecteurs et supports numériques haute définition », Innovations, 2009/2 n° 30, p. 135-155 ; mais également « *position commerciale avantageuse* » issue les redevances perçues cf I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », Revue internationale de droit économique, 2008/1 t. XXII, 1, p. 47-65 ; sur cette question voir également B. Galopin, « Comment concilier propriété intellectuelle et normalisation? », Prop. ind.n°7-8 juillet 2012, alertes 47, p. 3.
[1948] *Ibid.*.
[1949] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 269
[1950] F. Bourguet et A. Vives-Albertini, « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », Prop. Int. octobre 2012 n°45, Doctrine p.295

devient à même de contrôler le marché concerné[1951]. L'affaire Rambus s'est fait l'écho de ce phénomène qualifié de « *patent ambush* »[1952] qui a des effets, non seulement sur la crédibilité des organismes de normalisation, et leur capacité à mettre en œuvre des règles de fonctionnement efficaces, mais également pour le consommateur qui voit reporté sur le prix final du produit le montant de redevances excessives[1953].

431. Le cas Rambus. Cette espèce est intéressante en ce qu'elle a été appréciée des deux côtés de l'Atlantique et ce de manière distincte. Les faits concernaient le comportement de la société Rambus qui avait dissimulé intentionnellement qu'elle détenait des brevets et demandes de brevets concernant la technologie visée par des normes élaborées par le JEDEC[1954] pour réclamer, une fois les normes adoptées, des redevances disproportionnées. Face à ce comportement, la Commission européenne a initialement estimé, dans une communication des griefs adressée le 30 juillet 2007, que l'entreprise avait pu abuser de sa position dominante[1955] sur le marché des DRAM[1956]. Elle a, par la suite[1957], rendu obligatoires les engagements offerts par Rambus pour réduire le taux de ses redevances afin de dissiper les doutes de la Commission relatifs au caractère éventuellement anticoncurrentiel des agissements précités[1958]. De surcroît, parmi les mesures correctives proposées, la société Rambus s'engageait à ne percevoir aucune rémunération pour les normes adoptées alors qu'elle était membre du JEDEC et avait dissimulé ses droits[1959]. Malgré le caractère douteux du comportement de la société Rambus, la mise en œuvre du mécanisme des engagements

[1951] *Ibid.*.
[1952] C'est à dire d'une embuscade de brevet
[1953] I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », Revue internationale de droit économique, 2008/1 t. XXII, 1, p. 47-65 ; voir également le cas Qualcomm où la Commission après avoir décidé d'ouvrir une enquête sur des faits de « hold up » tels que décrits précédemment a officiellement clôt la procédure le 24 novembre 2009 faute de preuve suffisante cf Comm. CE, 1er oct. 2007, Qualcomm, MEMO/07/389 , également M. Chagny, « Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle : ouverture d'une enquête par la Commission », cce n° 12, Décembre 2007, comm. 153 et L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°489
[1954] Joint Electron Device Engineering Council. Il s'agit d'un organisme de normalisation des semi-conducteurs.
[1955] Communiqué de presse de la Commission du 23 août 2007, MEMO/07/330 : « Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Rambus » ; voir également S. Drillon, « L'abus de position dominante : véritable rempart dans le processus de normalisation », Prop. Int. juillet 2016 n°60, Doctrine p.292
[1956] Dynamic Random Access Memory, c'est à dire mémoire vive dynamique
[1957] Commission UE 9 décembre 2009, aff. COMP/38.636, Rambus, relative à une procédure d'application de l'article 102 du TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE ; voir également P. Wilhelm et V. Lorieul, « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », ccc n° 3, Mars 2011, étude 4 et F. Violet, « Retour sur les embuscades tendues par les patent trolls », Prop. ind.n°6 juin 2010, étude 11, p. 13
[1958] Communiqué de presse de la Commission du 9 décembre 2009, IP/09/ 1897: « Abus de position dominante: la Commission accepte les engagements offerts par Rambus de réduire le taux de ses redevances sur les puces à mémoire. »
[1959] *Ibid.*.

écarte la qualification définitive de ses agissements au regard du droit de la concurrence[1960]. Celle-ci aurait été particulièrement intéressante dans la mesure où l'appréciation de ces mêmes faits aux Etats-Unis au regard du Sherman Act a été nettement divergente.

La conduite de Rambus avait également alerté la Federal Trade Commission qui, en août 2006, retint à son égard une violation du Sherman Act[1961]. Toutefois, par décision du 22 avril 2008, la Cour d'appel[1962] pour le circuit du district de Columbia estima que le comportement de Rambus ne constituait pas en soi une violation du Sherman Act[1963]. Parallèlement à ces actions, la Federal Trade Commission a tenté de limiter le montant des redevances perçues par Rambus, sans toutefois obtenir gain de cause[1964]. La même rétention d'informations a ainsi été apprécié de manière différente en Europe et aux Etats-Unis, nécessitant la mise en œuvre d'engagements dans un cas et étant accepté sans restriction dans l'autre. Il n'en reste pas moins que la réticence des opérateurs à divulguer leurs informations protégées dans le cadre d'un processus de normalisation apparaît suspecte.

432. Les politiques retenues par les organismes de normalisation. Compte tenu de l'importance de la divulgation des droits de propriété intellectuelle au cours du processus de normalisation, il importe que les organismes développent des stratégies relatives à la gestion des brevets qui soient équilibrées, sous peine de faire fuir les détenteurs de droits au préjudice de l'innovation. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale insistent sur la nécessité d'une politique « *claire et équilibrée en matière de DPI* »[1965] afin d'accroître l'accès effectif aux normes[1966]. La définition de telles règles est délicate : deux visions, l'une directive et l'autre plus souple, ont pu s'opposer par le passé. A cet égard, l'ETSI avait tenté dans les années 1990 d'imposer une démarche stricte de divulgation prévoyant la signature d'une sorte de licence obligatoire auprès d'elle[1967] *via* l'obligation d'un « *agrément par défaut*

[1960] Sauf par un juge cf CJUE 23 novembre 2017, aff. C-547/16, Gasorba SL e.a. c/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA
[1961] FTC August 2, 2006, In the Matter of Rambus, Inc. Docket No. 9302, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2006/08/060802commissionopinion.pdf
[1962] Court of Appeals for the district of Columbia circuit, April 22, 2008, No. 07-1086, Rambus Inc v/ FTC, 07-1124, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/04/080422appealscourtopinion.pdf
[1963] F. Violet, « Retour sur les embuscades tendues par les patent trolls », précité
[1964] https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/011-0017/rambus-inc-matter
[1965] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 284
[1966] *Ibid.*.
[1967] F. Lévêque et Y. Ménière, « Technology Standards, Patents and Antitrust », Competition and Regulation in Network Industries, Volume 9 (2008), n°1, p.29 ; voir également A. Latil, « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », JcpE n°39, 24 septembre 2015, 1454

d'une licence »[1968]. Mais ce choix de conditions restrictives dans la gestion des droits de propriété intellectuelle aboutit au dépôt d'une plainte auprès de la Commission par les membres de l'organisation dénonçant une violation des règles de concurrence[1969]. Dès lors, l'organisation a privilégié la seconde option de gestion des droits de propriété intellectuelle fondée sur la bonne foi des participants[1970].

433. Il importe de souligner que les organismes de normalisation n'imposent pas de recherche, et n'évaluent ni la validité ni l'essentialité des brevets cités dans les normes[1971]. Autrement dit, c'est le titulaire du brevet qui le déclare comme essentiel (et valide) au regard de la norme[1972]. La sanction d'un défaut de divulgation est d'ailleurs, le plus souvent, laissée à l'appréciation de l'assemblée générale de l'organisme de normalisation sans qu'une sanction précise soit spécifiée[1973]. A cet égard, la sanction prévue par l'IEE[1974] (Institute of Electrical and Electronics Engineers), ainsi que par VITA nous semble particulièrement efficace : à défaut de divulgation des brevets essentiels, l'opérateur récalcitrant se voit imposer

[1968] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°497

[1969] *Ibid.*. ; voir également Communication de la Commission en application de l'article 19 §3 du règlement n°17 du Conseil concernant la politique intérimaire de l'ETSI en matière de propriété intellectuelle, JOCE 28 mars 1995 C-76/5

[1970] I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », précité

[1971] S. Drillon, « L'abus de position dominante : véritable rempart dans le processus de normalisation », Prop. Int. juillet 2016 n°60, Doctrine p.292 ; voir s'agissant de l'ETSI, ETSI SR 000 314 V2.22.1 (2017-11) Special Report - Intellectual Property Rights (IPRs); Essential, or potentially Essential, IPRs notified to ETSI in respect of ETSI standards : « *Pursuant to the ETSI IPR Policy, no investigation, including IPR searches, has been carried out by ETSI.(…) ETSI has not checked the validity of the information, nor the relevance of the identified patents/patent applications to the ETSI standards and cannot confirm, or deny, that the patents/patent applications are, in fact, essential, or potentially Essential. No investigation, or IPR searches, have been carried out by ETSI and therefore no guarantee can be given concerning the existence of other IPRs which are, or may become, essential. It should also be noted that whilst ETSI members are not obliged to conduct IPR searches they are obliged to make reasonable efforts to inform ETSI of any Essential IPRs of which they become aware (see article 4 of the ETSI IPR Policy [i.1]).* » ; voir également A. Latil, « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », JcpE n°39, 24 septembre 2015, 1454

[1972] Sur les risques d'abus d'une telle déclaration, voir *infra*

[1973] C'est notamment le cas de l'ETSI cf S. Drillon, « L'abus de position dominante : véritable rempart dans le processus de normalisation », précité et F. Lévêque, « La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up », précité. Si la décision de l'assemblée générale peut aller jusqu'à l'exclusion de l'opérateur coupable de rétention d'information, aucune sanction automatique n'est prévue, permettant tout à la fois une certaine souplesse dans l'appréciation des faits mais également laissant pressentir que les conséquences du silence d'une partie peuvent avoir des conséquences limitées sur ses intérêts

[1974] IEEE-SA STANDARDS BOARD BYLAWS, pt 7.2.2 Contributions not previously Published: *For any contribution that has not been previously Published, and that is not Public Domain: a) The IEEE has the non-exclusive, irrevocable, royalty-free, worldwide rights (i.e., a license) to use the contribution in connection with the development of the Work Product for which the contribution was made"*., disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://standards.ieee.org/about/policies/bylaws/sect6-7.html

l'obligation de concéder des licences à titre gratuit[1975]. Tout intérêt à pratiquer une « embuscade de brevet » est alors réduit à néant.

La divulgation de l'information protégée dans le cadre de l'élaboration d'une norme est donc liée, non seulement à la bonne foi, mais également à la bonne volonté des titulaires de droits. Sans mettre en doute les intentions des opérateurs, il nous semble nécessaire que les organismes de normalisation exercent un contrôle accru des brevets invoqués par les agents au cours du processus de normalisation. L'organisme n'a pas de compétence pour apprécier la validité des titres[1976] mais la Commission recommande[1977] désormais de proposer des liens vers les bases de données des offices de brevets, indiquant, *a minima,* le statut du brevet (en vigueur ou expiré) et tout transfert de propriété publié. Il n'existe pas en revanche de registre démontrant le caractère essentiel du brevet, intrinsèquement liée à la norme. Afin que la normalisation puisse engendrer de réels gains d'efficacité, il importe que seuls des droits essentiels soient inclus afin d'éviter tout renchérissement des produits intégrant ladite norme, au préjudice des consommateurs[1978]. En conséquence, les enjeux de la construction de normes utiles fondées sur des droits réellement indispensables à leur application, nécessitent la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle renforcé de l'essentialité des brevets. La Commission retient cette proposition en faisant valoir l'intérêt du recours à un tiers pour mener à bien cette évaluation[1979], tout en s'interrogeant sur son financement[1980].

[1975] F. Lévêque et Y. Ménière, « Vagueness in RAND Licensing Obligations is Unreasonable for Patent Owners », 29 Juillet 29 2009, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ssrn.com/abstract=1030520 ; également L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°499 citant la *Business Review Letter* du DoJ d'octobre 2006, relative à la politique de VITA, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/219380.htm : *"A working group member who fails to disclose a known essential patent, and/or fails to declare the associated most restrictive licensing terms according to the timing process described above, commits the VITA member company he or she represents to license the essential claims of the undisclosed patent for implementation of the VITA standard to all interested parties on a royalty-free basis and with the restricted non-price terms".*

[1976] Et ne saurait donc l'écarter au motif d'une validité douteuse

[1977] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes », précité, pt 1.1, p.4

[1978] En particulier compte tenu du fait que contraindre les utilisateurs d'une norme à acquitter des frais liés à des droits plus étendus que ce qui est techniquement nécessaire, limite voire contredit les gains d'efficacité obtenus grâce à la norme cf Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 317

[1979] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes », précité, pt 1.2.2, p.6

[1980] Elle propose ainsi un examen limité à seul brevet par famille et à des échantillons (ce qui nous paraît insuffisant pour une vérification objective de l'essentialité des brevets invoqués dans la norme), des redevances « modestes » à la charge des brevetés pour confirmer leur déclaration d'essentialité, ou encore le recours aux offices de brevets

434. Le risque de détournement de la divulgation. En l'absence de contrôle, il est parfaitement envisageable que des titulaires de droits déclarent de manière erronée leurs brevets comme essentiels[1981], que cette démarche soit intentionnelle ou non. Ces déclarations sont susceptibles d'emporter de graves conséquences lorsqu'elles sont invoquées dans une action en contrefaçon de brevet dans un syllogisme sujet à caution. Ce raisonnement « *davantage stratégique que juridique* »[1982] suit la présomption suivante : le titre prétendument contrefait étant intégré à la norme, tout produit mettant en application celle-ci contrefait nécessairement le droit de propriété intellectuelle. Dès lors, à défaut d'une licence de brevet, il est constitutif de contrefaçon. C'est le raisonnement retenu par le Tribunal de grande instance de Paris[1983], considérant que « *tous les produits qui portent sur leur emballage la mention MPEG proposent aux consommateurs la technologie retenue par la norme ISO/IEC 11172-3 et les sociétés fabricant ces produits doivent avoir conclu un contrat de licence avec la société SISVEL sauf à commettre un acte de contrefaçon des brevets cités plus haut. Il n'est pas nécessaire de réaliser une expertise pour démontrer que les produits sont contrefaisants par rapport aux revendications des brevets allégués car la simple mention de la norme MPEG vaut déclaration de mis en œuvre de la technologie codifiée qui reprend les revendications desdits brevets* ». La démonstration de la mise en œuvre des revendications du brevet constitue l'essence de l'action en contrefaçon. Elle permet au titulaire de droit de prouver que son invention a été reproduite de manière illicite. En conséquence, son omission aboutit à un renversement de la charge de la preuve[1984] : ce n'est plus au breveté d'établir la contrefaçon mais au défendeur de justifier que ses produits ne suivent pas les revendications du brevet invoqué. Compte tenu de l'absence de vérification de la validité et de l'essentialité des brevets visés par la norme, un tel raisonnement nous paraît devoir absolument être écarté.

[1981] F. Bourguet et A. Vives-Albertini, « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », précité

[1982] *Ibid.*.

[1983] TGI Paris, 3ème ch., 1ère sect., 9 septembre 2008, France Télécom, Philips c/ Zafrane, RG n°06/09277, PIBD 2008 n°883 III 591 ; voir également TGI Paris 3ème chambre 3ème section 24 Mai 2013, RG n°11/09609, FRANCE TELECOM SA, TDF SAS et a. c/ Société M.G.F SAS : « *La société M.G.F. ne conteste pas que les produits litigieux reproduisent les revendications opposées des brevets en cause, ce qui est établi par les mentions DVB-TNT et MP3 figurant sur les produits qui prouvent qu'ils proposent la technologie retenue par la norme ISO/IEC 11172-3 couverte par les brevets* » ; et TGI Paris, ord. réf. 28 juin 2011, RG n°11/55030, S.A. France Telecom, S.A.S. TDF et a. c/ S.A.S. Electro Depot France : « *Il est suffisamment établi par le procès-verbal de constat sur internet dressé le 25 mai 2011 que la société ELECTRO DÉPÔT FRANCE commercialise des produits portant les mentions TNT ou DVB (qui désignent la mise en œuvre de la couche 2 dans les produits vendus) de sorte que l'atteinte imminente aux droits des sociétés demanderesses est établie.* »

[1984] P. Vigand, « Brevet et produit normalisé », Prop. Ind. mars 2009 n°3, comm. 18 de TGI Paris, 3ème ch., 1ère sect., 9 septembre 2008, France Télécom, Philips c/ Zafrane, RG n°06/09277, PIBD 2008 n°883 III 591

Au-delà des risques inhérents à l'usage des droits de propriété intellectuelle, la divulgation de brevets dans le cadre d'un processus de normalisation emporte des risques concurrentiels.

§2 - Les risques concurrentiels de la normalisation jugulés par les conditions de la divulgation de l'information protégée

435. Les risques concurrentiels de la normalisation. La mise en œuvre de l'activité de normalisation est susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels. Outre le risque d'une réduction de l'offre au préjudice des consommateurs[1985] et celui de la création de barrières à l'entrée par l'entreprise détentrice de la technologie intégrée à la norme[1986], ces effets liés au phénomène de normalisation se concentrent sur deux aspects distincts.

Le premier concerne les conditions d'élaboration d'une norme qui reposent sur la volonté des participants. La norme résultant d'un accord entre concurrents sur les modalités d'application d'une technologie ou d'un service proposé, il est à craindre qu'elle devienne le siège d'une entente. Dès lors que, sous couvert de l'établissement d'une norme, les discussions aboutissent à s'organiser sur les prix, les niveaux de production ou la limitation de développement techniques et la mise à l'écart de technologie, la normalisation produit des effets restrictifs de concurrence[1987]. Concrètement, il a été considéré qu'un accord visant à évincer des concurrents[1988] *via* l'élaboration d'une norme[1989] et celui ayant pour résultat l'exclusion d'une nouvelle technologie d'une norme existante ont pour objet de restreindre la concurrence[1990]. Un des paramètres dans l'appréciation des accords de normalisation réside dans la liberté laissée aux entreprises de développer d'autres normes ou produits qui ne respectent pas le standard convenu[1991], manifestant ainsi l'exigence de respect de la libre concurrence et de la liberté d'entreprendre des agents économiques opérant sur le marché de la norme. Les risques d'entente sont inhérents aux discussions dans le cadre du processus de

[1985] T. Schrepel, « L'innovation prédatrice sur les marchés des nouvelles technologies : analyses croisées en droit européen et nord-américain », précité, n°403
[1986] *Ibid.*. n°404
[1987] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pts 264 et suivants ; voir également P. Wilhelm et V. Lorieul, « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », ccc n° 3, Mars 2011, étude 4
[1988] Concurrents existants ou potentiels
[1989] Comprenant l'interdiction pour les tiers de commercialiser des produits non conformes
[1990] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 273 citant Commission dans l'affaire IV/35.691, Conduites précalorifugées, JO L 24 du 30.1.1999, p. 1, dans laquelle l'*infra*ction à l'article 101 consistait notamment à « *exploiter les normes pour empêcher ou retarder l'arrivée de nouvelles techniques susceptibles d'entraîner des baisses de prix* » (point 147 dernier tiret)
[1991] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 293

normalisation, mais ils peuvent être limités par la mise en œuvre de procédures transparentes[1992].

Le second risque concurrentiel issu du processus de normalisation concerne l'abus de position dominante qui serait exercé par une entreprise détenant des brevets essentiels à la norme en refusant l'accès à ceux-ci ou en le soumettant à des conditions exorbitantes. Une norme pouvant constituer une barrière à l'entrée, l'opérateur, qui détient des droits nécessaires à son application contrôle, non seulement l'usage de la norme, mais également le marché concerné[1993]. En conséquence, un refus d'accès pourrait dégénérer en abus de position dominante. Afin de juguler ce risque, les organismes de normalisation requièrent des titulaires de droits qu'ils s'engagent à concéder des licences selon les modalités spécifiques dites « FRAND »[1994] (**A**). Les contours et les limites de cet engagement posent alors la question de l'autonomie de la volonté du titulaire dans la gestion de ses droits (**B**).

A/ L'exigence d'une divulgation de l'information protégée à des conditions « FRAND »

436. La difficile définition des conditions « FRAND ». Afin de garantir un accès effectif à la norme[1995], les licences concédées par les titulaires de brevets portant sur tout ou partie d'une norme doivent répondre à la qualification de « FRAND »[1996]. Cet acronyme reprend les initiales de la formulation complète en langue anglaise : Fair, Reasonnable And Non Discriminatory. Les modalités « FRAND » peuvent se traduire par la triple exigence de conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Ces termes chers au droit anglo-saxon emportent avec eux leur lot d'incertitudes mêlées de flexibilité dans l'appréciation d'une licence.

L'impératif de non-discrimination est sans doute le critère présentant le moins de fluctuation. Il se comprend comme la nécessité d'offrir la conclusion d'une licence à tout opérateur qui en ferait la demande[1997]. Cette exigence est impérative dans le cadre d'une licence concédée pour un droit de propriété intellectuelle inclus dans une norme : il est de l'essence même du

[1992] Sur l'exigence d'un système de normalisation transparent, voir *supra*
[1993] P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », JcpE n° 20, 20 Mai 2010, act. 271
[1994] Fair, Reasonnable and Non Discriminatory
[1995] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 285
[1996] Cette exigence est posée dans les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, elle était toutefois déjà retenue en pratique par les organismes de normalisation cf P. Wilhelm et V. Lorieul, « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », ccc n° 3, Mars 2011, étude 4
[1997] Etant précisé que certains auteurs ont considéré que le caractère discriminatoire pouvait également concerner un taux de redevance plus élevé pour les mêmes produits cf P. Debré et S. Corbineau-Picci, Brevets essentiels et redevances FRAND : prop Int. Avril 2014 n°51, Doctrine p.126, mais il nous semble que la détermination du prix de la licence ressort davantage de l'exigence du caractère « raisonnable », voir *infra*

système de normalisation que tout agent ayant la volonté d'appliquer une norme puisse le faire et il ne doit donc pas rencontrer d'obstacle tenant à la monopolisation de la norme par le biais de droits de brevet.

Le caractère « *fair* » de la licence pose davantage de questions. Il évoque la notion d'équité[1998], qui ne ressort plus du domaine de la règle de droit *stricto sensu* mais s'assimile à une forme de recherche de loyauté[1999] dans la détermination des conditions de la licence. En tout état de cause, ce critère nous semble plus concerner le comportement et la personne des contractants que le contenu du contrat de licence. Cela signifie notamment que le titulaire de droit doit exécuter son engagement[2000] de bonne foi.

L'exigence d'une licence comportant des redevances « raisonnables »[2001] est, enfin, la source de multiples discussions. Il ne peut exister un seuil universel au-dessus duquel la redevance demandée serait excessive. Tout dépend du brevet, du secteur d'activité, éventuellement de la personne du demandeur[2002]… Une solution radicale pourrait être la concession de licence gratuite[2003], l'acquisition d'un certain leadership technologique pouvant apparaitre comme une récompense suffisante[2004]. Cette option n'est pas privilégiée par les détenteurs de brevets qui souhaitent obtenir une rémunération en échange de l'autorisation d'exploiter leurs droits. Il s'agit de parvenir à un équilibre entre « *un juste retour sur investissement* » pour les titulaires de droits et « *une large disponibilité des technologies développées dans le cadre d'un processus de normalisation ouvert* » pour les utilisateurs de normes[2005]. L'appréciation des critères « FRAND » est rendue d'autant plus complexe que leur application se fait par la conclusion d'un contrat bipartite et confidentiel entre titulaire et demandeur[2006], sans que ses

---

[1998] G. Cornu (sous dir.) « Vocabulaire juridique Association H. Capitant », éd. PUF, 12ème édition 2018, p.413 « équité » signifie en 1) Justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande de traiter des choses égales. Ex. le règlement des parts (dans une société) ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité (c civ 1854) 2) « par glissement du sens 1), justice du cas particulier ; effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales

[1999] Dans le sens d'une concurrence « loyale »

[2000] Cela rejoint alors la qualification de promesse unilatérale de contracter de l'engagement de concéder des licences FRAND, voir *infra*

[2001] C'est-à-dire non excessives cf Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 287

[2002] Une redevance raisonnable n'aura sans doute pas la même signification pour une multinationale et une PME

[2003] Sans qu'il existe toutefois la moindre obligation à cet égard : raisonnable ne signifie pas gratuit cf C. Caron, « Un cocktail explosif : abus de position dominante, action en contrefaçon, brevet essentiel à une norme et licence FRAND », cce septembre 2015 n°9, comm.65

[2004] F. Bourguet et A. Vives-Albertini, « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », Prop. Int. octobre 2012 n°45, Doctrine p.295

[2005] Rapport sur les normes européennes – mise en œuvre du règlement (UE) nº 1025/2012 (2016/2274(INI)) - A8-0213/2017, Parlement européen - Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Rapporteure: Marlene Mizzi, 9 juin 2017

[2006] *Ibid.*. ; voir également H. Aubry, « La normalisation au regard des règles de concurrence », ccc Mars 2016, n° 3, étude 3

éléments fondamentaux soient dévoilés aux tiers et sans que l'organisme de normalisation ait à vérifier si les conditions d'octroi de licences respectent l'engagement pris[2007].

437. Afin de satisfaire cet impératif de la manière la plus transparente possible, certains organismes de normalisation ont fait le choix d'inciter leurs membres à s'engager sur un montant maximal de redevance[2008]. Dans les autres cas, se pose la question de l'évaluation précise du montant de la redevance. La Commission européenne, reconnaissant la difficulté de la détermination des redevances, retient que le montant choisi doit refléter la valeur économique des droits de propriété intellectuelle[2009], c'est-à-dire celle apportée au produit par la technologie brevetée[2010], indépendamment de son inclusion dans la norme[2011]. Pour fixer le montant du prix de la licence, la Commission fait valoir la nécessité de prendre en considération le nombre des brevets essentiels dans l'optique d'une redevance globale « raisonnable »[2012] et évoque plusieurs méthodes dont la liste n'est pas exhaustive : le calcul basé sur les coûts[2013], d'un usage malaisé en cas de brevet dont les coûts de développement sont parfois difficilement appréciables, l'évaluation par comparaison avec les redevances demandées par l'entreprise avant l'adoption de la norme[2014] ou dans le cadre de l'élaboration d'autres normes comparables avant ou après l'établissement de celles-ci[2015], et enfin la détermination par voie d'expertise indépendante au regard de la pertinence et de l'essentialité des brevets concernés[2016]. A défaut d'accord, les parties peuvent, en outre, s'adresser à un tiers[2017] ou aux juridictions compétentes[2018]. Dans ce cas, la question de la nature juridique de l'engagement souscrit par le titulaire de droits de propriété intellectuelle risque de se poser.

[2007] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 288

[2008] C'est le cas de VITA (VMEbus International Trade Association), voir VSO Policies and Procedures, version 2.8, 1er septembre 2015, pt 10-3-2, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.vita.com/resources/Documents/Policies/vso-pp-r2d8.pdf

[2009] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 289 ; voir également P. Wilhelm et V. Lorieul, « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », précité

[2010] Avis de la Commission de l'Industrie, de la Recherche et de l'Energie à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur les normes européennes – mise en œuvre du règlement (UE) nº 1025/2012 (2016/2274(INI)) - Rapporteur pour avis : Hans-Olaf Henkel

[2011] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes », COM(2017) 712 final du 29 novembre 2017, pt 2.1 p.8

[2012] *Ibid.*.

[2013] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 289

[2014] *Ibid.*.

[2015] *Ibid.*., pt 290

[2016] *Ibid.*.

[2017] A l'instar de ce qui existe à l'article 1592 du code civil, hypothèse explicitement évoquée par la décision Huawei, CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, pt cf L. Idot, « Brevet essentiel et licences à des conditions FRAND », Europe, octobre 2015 n°10, comm. 374

[2018] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 291

438. La qualification juridique d'un engagement « FRAND ». Les politiques des organismes de normalisation concernant les droits de propriété intellectuelle requièrent de leurs participants qu'ils s'engagent à concéder des licences à des conditions « FRAND ». Dans les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, la Commission insiste particulièrement sur la nécessité que cet engagement soit écrit et irrévocable[2019]. Elle ne précise pas, en revanche, sa nature juridique.

Plusieurs qualifications ont été évoquées. Selon le professeur Caron[2020], il s'agirait d'une stipulation pour autrui[2021] qui peut se définir comme une « *convention par laquelle l'une des parties (le stipulant) fait promettre à l'autre (le promettant) l'accomplissement d'une prestation au profit d'un tiers (le bénéficiaire)* »[2022]. Appliqué à la concession de licence « FRAND », cela se traduit par la proposition suivante : « *un organisme de normalisation (stipulant) oblige un breveté d'invention (promettant) à accomplir l'obligation qu'est la conclusion d'une licence « FRAND » au profit du tiers qu'est l'utilisateur de la norme concernée (le bénéficiaire)* »[2023]. La stipulation pour autrui mettrait ainsi en œuvre, d'une part, un contrat principal entre le stipulant et le promettant, dont la cause réside dans l'existence de brevets essentiels détenus par le promettant et dont l'objet serait la révélation de ces brevets essentiels, et, d'autre part, une convention accessoire altruiste consistant dans la promesse de concéder une licence « FRAND » aux utilisateurs de la norme[2024], cette concession étant nécessaire pour permettre la réalisation des objectifs de la normalisation[2025]. Une limite principale à cette qualification tient à ce que dans la stipulation pour autrui, le bénéficiaire profite d'une créance à l'encontre du promettant sans être débiteur d'obligation en contrepartie. A l'inverse, la conclusion d'une licence, y compris à des conditions

---

[2019] *Ibid..,* pt 285

[2020] C. Caron, « L'efficacité des licences dites « FRAND » (ou l'indispensable conciliation entre la normalisation et le droit des brevets d'invention grâce à la stipulation pour autrui) », cce Juillet 2013 n° 7-8, étude 12

[2021] Article 1205 du code civil : « *On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse* » (anciennement article 1121 du Code civil, « *on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* »).

[2022] G. Cornu (ss dir.), « Vocabulaire juridique de l'Association H. Capitant »,, précité, p.991, « stipulation pour autrui » : « Convention par laquelle l'une des parties (le stipulant) fait promettre à l'autre (le promettant) l'accomplissement d'une prestation au profit d'un tiers (le bénéficiaire) ; figure juridique complexe dans laquelle la stipulation peut être révoquée par le stipulant tant que son bénéficiaire ne l'a pas acceptée, mais en vertu de laquelle l'acceptation de celui-ci avant la révocation de la stipulation rend celle-ci irrévocable, et investit le tiers, contre le promettant pour l'exécution de l'engagement, d'un droit direct censé né dès la stipulation

[2023] C. Caron, « L'efficacité des licences dites « FRAND » (ou l'indispensable conciliation entre la normalisation et le droit des brevets d'invention grâce à la stipulation pour autrui) », précité

[2024] *Ibid..*

[2025] L'intérêt direct et immédiat de l'organisme de normalisation dans la réalisation de la promesse altruiste étant par ce biais caractérisé

« FRAND », emporte pour le licencié bénéficiaire, non seulement des droits, mais également des obligations[2026].

Il nous semble donc opportun de préférer à la qualification de stipulation pour autrui celle de promesse unilatérale du titulaire de brevet[2027]. A cet égard, l'engagement pris ne saurait être une promesse de contracter une licence mais seulement d'en négocier une[2028]. En effet, « *un engagement d'accorder des licences à des conditions FRAND n'équivaut pas à une licence à des conditions FRAND, ni ne donne une indication quelconque des conditions FRAND qui doivent, en principe, être convenues par les parties en cause* »[2029]. Autrement dit, si le détenteur du brevet essentiel à la norme s'engage à proposer une licence répondant à des conditions qu'il estime « FRAND » à tout utilisateur de la norme en faisant la demande, cela ne signifie, ni que la licence est automatique, ni que les conditions proposées sont systématiquement acceptables pour le licencié potentiel. Dans le cadre de l'engagement « FRAND », il appartient ensuite aux parties de convenir ensemble des termes de la licence. En vertu de la liberté contractuelle, si la négociation est imposée aux parties[2030], il n'en va pas de même de la conclusion d'un accord. Il ne peut pareillement y avoir de sanction à l'égard du détenteur de brevet en l'absence de conclusion d'un contrat, s'il a effectivement soumis au demandeur une proposition de licence « FRAND » [2031]. La question se pose alors de savoir de quelle marge de manœuvre bénéficie le titulaire de droit à l'égard de l'utilisateur de la norme, en l'absence de conclusion d'une licence[2032].

439. L'engagement « FRAND » et les libertés économiques. L'engagement de proposer des licences à des conditions « FRAND » à tout utilisateur de la norme en faisant la demande permet de concilier les intérêts des titulaires de brevets de préservation de leurs droits avec les objectifs de la normalisation consistant dans la diffusion et l'utilisation la plus large des normes. Le mécanisme « FRAND », fondé sur l'autonomie de la volonté, vient également au

[2026] S. Drillon, « L'abus de position dominante : véritable rempart dans le processus de normalisation », Prop. Int. juillet 2016 n°60, Doctrine p.292

[2027] C'est d'ailleurs la qualification sous-jacente dans la décision de la CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei qui précise pt 53 que « *un engagement de délivrer des licences à des conditions FRAND crée des attentes légitimes auprès des tiers que le titulaire du BEN leur octroie effectivement des licences à de telles conditions* », cf A. Latil, « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », JcpE n°39, 24 septembre 2015, 1454

[2028] *Ibid.*.

[2029] Conclusions de l'avocat général Monsieur Melchior Wathelet dans l'affaire Huawei, CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, conclusions présentées le présentées le 20 novembre 2014, pt 10

[2030] P. Debré et S. Corbineau-Picci, Brevets essentiels et redevances FRAND : prop Int. Avril 2014 n°51, Doctrine p.126

[2031] A l'inverse, le défaut de proposition d'une licence « FRAND » en opposition à l'engagement pris serait susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante

[2032] Voir *infra* n°440 et suivants

soutien de la liberté d'entreprendre, à la fois, des détenteurs de droits de propriété intellectuelle et des utilisateurs des normes en établissant un mode d'accès et de rémunération équilibré pour les deux parties, au bénéfice de la concurrence. De plus, l'accès à la norme dans ces conditions accroit le choix de produits interopérables pour les consommateurs[2033]. Ce mécanisme allie ainsi les intérêts de toutes les parties en présence au bénéfice de la concurrence et de l'innovation[2034]. En dépit de ce portait presque idyllique, la portée de l'engagement « FRAND » interroge sur l'autonomie laissée au titulaire de droits dans sa gestion et sa transmission.

B/ L'autonomie de la volonté du titulaire d'une information protégée contrainte par l'engagement « FRAND »

440. La transmission de l'engagement « FRAND ». La portée de l'engagement « FRAND » est, en premier lieu, perceptible à travers sa transmission lors de la cession des droits qui en sont l'objet. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale prévoient expressément que l'efficacité de cette promesse est soumise à la stipulation dans le contrat de cession de brevets d'une clause prévoyant son transfert à l'acquéreur[2035]. Cette position fait notamment suite à l'affaire IPCOM où le cessionnaire des droits a « officiellement »[2036] repris l'engagement du précédent titulaire, la société Bosch, d'accorder des licences « FRAND » pour les brevets essentiels visés par les normes des réseaux de téléphonie mobile GSM et UMTS[2037], après de longues discussions avec la Commission européenne[2038].

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir qu'elles étaient les conséquences d'une cession sur la poursuite de l'engagement contracté par le titulaire initial. Par principe, l'engagement ne lie pas le cessionnaire des droits, sauf stipulation expresse dans le contrat de cession. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale donnent une indication claire de la

[2033] Communiqué de la Commission du 29 avril 2014, IP-14-490
[2034] H. Tsilikas, « Huawei v. ZTE in Context – EU Competition Policy and Collaborative Standardization in Wireless Telecommunications, DOI 10.1007/s40319-017-0560-7, publié en ligne le 28 février 2017, sur Springerlink.com
[2035] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 285
[2036] Par le biais d'une déclaration publique cf P. Wilhelm et V. Lorieul, « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », précité
[2037] Communiqué de presse de la Commission, 10 décembre 2009, MEMO/09/549, « Pratiques restrictives et abus de position dominante : la Commission se réjouit de la déclaration publique d'IPCom sur l'octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ».
[2038] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°490

volonté de la Commission en ce domaine en requérant l'existence d'une telle clause[2039], et en exprimant les limites d'une déclaration « FRAND » qui ne serait pas transmise avec les brevets concernés.. Aucune obligation légale n'emporte la transmission irrévocable de l'engagement « FRAND »[2040]. Il ne peut s'agir que d'une obligation contractuelle, expressément acceptée par le cessionnaire des droits. Sa portée n'en est pas moins réelle : un opérateur, qui choisirait de ne pas poursuivre une politique de concession de licences « FRAND » engagée par son prédécesseur, verrait sans aucun doute sa réputation mise en cause, son choix apparaissant comme déloyal à l'égard des utilisateurs de la norme. C'est la raison pour laquelle les entreprises, qui reprennent des brevets essentiels, ne sont pas avares d'annonces, précisant expressément qu'elles entendent continuer à proposer des licences « FRAND » sur ces titres[2041]. L'application des modalités « FRAND » se rapproche d'un engagement moral dont la pérennité ne saurait être remise en cause. Se pose alors la question de l'autonomie de l'opérateur tenu par cet engagement face à un utilisateur de la norme qui ne conclut pas de licence. En d'autres termes, à quel moment, le breveté peut-il agir en contrefaçon ?

441. Les conséquences d'un engagement FRAND sur l'appréciation de la contrefaçon du brevet essentiel. La libre concurrence nécessite que l'usage des normes soit le plus large possible et que l'entrée sur le marché ne soit pas contrainte par des actions en contrefaçon. Cela nécessite de parvenir à un équilibre entre la liberté d'accéder au marché et le droit pour le titulaire d'un brevet d'interdire toute exploitation non autorisée de son titre[2042]. L'appréciation des conditions dans lesquelles le titulaire de brevet peut exercer une action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur d'une norme mettant en œuvre ses droits s'est effectuée en trois temps. D'abord, en droit interne allemand avec l'affaire Orange Book[2043],

---

[2039] Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, précitées, pt 285 : « *Pour assurer l'efficacité de l'engagement FRAND, il convient également que tous les titulaires de DPI participants soient tenus de fournir un tel engagement afin de garantir que l'entreprise à laquelle ils cèdent ces DPI (y compris le droit d'octroi de licence d'exploitation de ceux-ci) sera liée par cet engagement, par exemple au moyen d'une clause contractuelle entre l'acquéreur et le vendeur*. »

[2040] F. Bourguet et A. Vives-Albertini, « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », précité

[2041] Voir notamment la société Google à propos des brevets acquis auprès de son concurrent et cocontractant Motorola https://www.google.com/press/motorola/pdf/sso-letter.pdf

[2042] A. Latil, « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », JcpE n°39, 24 septembre 2015, 1454

[2043] Bundesgerichtshof, 6 mai 2009, aff. KZR 39/06 Orange Book Standard, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=acea256584d0e420272381a9d0c7a57a&nr=48134&pos=0&anz=1 (en allemand), pour une traduction de la décision en anglais voir http://www.ie-

puis devant la Commission européenne qui a posé les conséquences de l'engagement « FRAND » sur cette question à travers les décisions Motorola[2044] et Samsung[2045], et enfin, devant la Cour de justice de l'Union européenne qui a édicté dans l'arrêt Huawei[2046] un véritable mode d'emploi » à l'usage du breveté souhaitant intenter une action en contrefaçon de brevet essentiel à une norme. Cette question est importante en ce qu'elle met en balance la liberté d'accéder au marché *via* l'utilisation de la norme et la faculté pour le titulaire de faire respecter ses droits[2047]. Cet équilibre délicat est primordial car il doit permettre le maintien d'une concurrence effective.

442. Les apports de l'affaire Orange Book Standard. Cette espèce se distingue par le fait que le titulaire des brevets à l'origine de l'action en contrefaçon ne s'était pas engagé à concéder des licences « FRAND »[2048]. Compte tenu de cet élément, le Bundesgerichtshof[2049], la Cour suprême allemande, estime qu'une action en contrefaçon de brevet essentiel à une norme est constitutive d'un abus de position dominante si trois conditions sont réunies. La première concerne la position du breveté sur le marché : il est nécessaire de démontrer qu'il est en position dominante. Les deuxième et troisième conditions se concentrent sur l'attitude de l'utilisateur de la norme. Il doit faire une « *offre inconditionnelle de licence en des termes Frand* » de portée générale, c'est-à-dire ne se limitant pas aux seuls actes de contrefaçon[2050]. Il doit, en outre, se comporter effectivement comme un licencié[2051]. Cela signifie qu'il lui est demandé de consigner les redevances sur un compte afin de pouvoir les transmettre, le moment venu, au titulaire du brevet, au lieu de se conduire comme si aucune contrepartie n'était due. Ces deux éléments mettent en exergue la volonté du licencié potentiel de conclure

---

forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum/IEForum%20Uitspraken/Octrooirecht/EN%20Translation%20BGH%20Orange%20Book%20Standard%20-%20eng.pdf

[2044] Commission UE 29 avril 2014, décision AT.39985 — Motorola relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, (2014/C 344/06)

[2045] Commission UE 29 avril 2014, décision AT.39939 — Samsung relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, (2014/C 350/08)

[2046] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd c/ ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, Recueil numérique ECLI:EU:C:2015:477

[2047] A. Latil, « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », JcpE n°39, 24 septembre 2015, 1454

[2048] D. Bosco « « Patent war » : les conditions de la qualification d'abus de position dominante sont précisées », ccc n° 1, Janvier 2015, comm. 13

[2049] Bundesgerichtshof, 6 mai 2009, aff. KZR 39/06 Orange Book Standard, précité

[2050] E. Treppoz « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », RTD Eur. 2015 p.865

[2051] P. Debré et S. Corbineau-Picci, Brevets essentiels et redevances FRAND : prop Int. Avril 2014 n°51, Doctrine p.126

un contrat[2052]. La décision fait valoir, dans ce cas, l'obligation pour le breveté d'accepter l'offre de licence dès lors que « *son refus aurait pour effet de gêner de manière inéquitable le défendeur ou le principe de non-discrimination* »[2053]. Il résulte de cette décision que l'atteinte à la concurrence est caractérisée lorsque le titulaire de brevet refuse de concéder une licence à l'utilisateur d'une norme dont la bonne foi et la volonté de conclure un contrat ne font pas de doute. L'influence de cette jurisprudence sur l'appréciation européenne restait à déterminer.

443. Les enseignements des décisions Samsung et Motorola. Dans deux affaires datée du même jour, la Commission européenne a eu l'occasion d'indiquer sa position dans le cas particulier où le breveté, après avoir pris l'engagement de concéder des licences « FRAND », choisit d'intenter une action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur d'une norme. Les deux décisions, datées du 29 avril 2014, consistent pour l'une en l'acceptation d'engagements pris par la société Samsung[2054] et, pour l'autre, en une décision de sanction à l'égard de la société Motorola[2055]. Dans les deux cas, la société Apple, utilisateur de la norme visant des brevets essentiels détenus respectivement par les sociétés Samsung et Motorola, qui s'étaient toutes deux engagées à proposer la conclusion de licences à des conditions « FRAND », était disposée à négocier une licence et l'avait expressément fait savoir. Les titulaires de brevets avaient toutefois choisi d'ignorer ces offres et avaient intenté à son encontre des actions en contrefaçon, notamment par le biais de demandes d'injonction de cesser d'utiliser les brevets.

444. Dans la décision Samsung, la Commission avait conclu, à titre préliminaire, que « *les actions intentées (…) sans aucune justification objective, par Samsung contre Apple sur la base de ses brevets essentiels pour la norme UMTS soulevaient des doutes quant à la compatibilité de ces actions avec l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* »[2056]. Pour apaiser les préoccupations de concurrence soulevées par ses demandes d'injonction, la société Samsung a proposé des engagements, notamment celui de s'abstenir

[2052] *Ibid.*.
[2053] E. Treppoz « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », précité, citant le point 31 de la décision
[2054] Commission UE 29 avril 2014, décision AT.39939 — Samsung relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, (2014/C 350/08)
[2055] Commission UE 29 avril 2014, décision AT.39985 — Motorola relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, (2014/C 344/06)
[2056] Résumé de la décision de la Commission du 29 avril 2014 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire AT.39939 — Samsung — Respect des brevets essentiels pour la norme UMTS) (2014/C 350/08) ; Commission 29 avril 2014, C(2014) 2891 final, pt 3

de toute action judiciaire à l'égard de licenciés potentiels[2057] ; ceux-ci furent acceptés et rendus exécutoires par la Commission dans sa décision du 29 avril 2014. Le raisonnement de la Commission se distingue de celui du Bundesgerichtshof par une prise en compte accrue de l'intérêt de l'utilisateur de la norme. S'il est acquis que l'action en contrefaçon n'est pas abusive en tant que telle, elle peut le devenir s'il existe, d'une part, des « *circonstances exceptionnelles* », caractérisées en l'espèce par l'existence de la norme et la souscription de l'engagement « FRAND », et d'autre part, si le détenteur de brevet essentiel n'avance pas de « *justification objective* »[2058]. En l'espèce, l'absence de justification objective tenait notamment au fait que la société Apple n'était pas opposée à la signature d'un contrat de licence à des conditions « FRAND ». Dans ces circonstances, les demandes d'injonction de Samsung pouvaient avoir pour conséquence d'exclure du marché les produits du licencié potentiel de bonne volonté, de fausser la négociation de licences et d'aboutir à des conditions anticoncurrentielles, préjudiciables à l'innovation et au bien-être des consommateurs[2059].

Dans un souci de pragmatisme, la Commission retient l'engagement prévoyant des règles de négociation des licences : il est ainsi prévu une période maximale de négociation de douze mois et, en l'absence d'accord, le recours à un tiers pour l'établissement des conditions « FRAND ». Si ces éléments sont respectés, l'action en contrefaçon est présumée abusive[2060]. Cette présomption résulte des termes employés par la Commission décrivant une « zone de sécurité »[2061] pour tous les licenciés potentiels des brevets essentiels adhérant au cadre de concession de licence. Ils sont protégés contre toute injonction de Samsung fondée sur ses brevets essentiels[2062]. De surcroît, l'utilisateur de la norme qui n'adhèrerait pas au cadre de concession de licence ne saurait être considéré automatiquement comme refusant un contrat de licence à des conditions « FRAND ». Dans ce cas, la juridiction saisie par Samsung devra

[2057] A condition qu'ils adhèrent à un cadre de concession de licence spécifique prévoyant que « *tout litige portant sur ce qui constitue des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (les «conditions FRAND») pour les brevets essentiels en question sera tranché par un tribunal ou, si les deux parties en conviennent, par un arbitre* » cf Communiqué de la Commission UE du 29 avril 2014, IP-14-490, voir également D. Bosco « « Patent war » : les conditions de la qualification d'abus de position dominante sont précisées », ccc n° 1, Janvier 2015, comm. 13

[2058] Commission 29 avril 2014, C(2014) 2891 final, pts 52 et 56

[2059] Communiqué de la Commission UE du 29 avril 2014, IP-14-490, précité ; voir également C. Lemaire, « La Commission européenne invite les entreprises à se prononcer sur des engagements relatifs au respect de brevets essentiels liés à une norme dans le domaine des communications mobiles », Concurrences N° 1-2014, Chroniques – Procédures – p. 173

[2060] N. Petit, « Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014 », précité

[2061] Commission 29 avril 2014, C(2014) 2891 final, pt 122

[2062] Communiqué de la Commission UE du 29 avril 2014, IP-14-490, précité, voir également MEMO/14/322

vérifier « *toutes les circonstances de l'espèce pour déterminer si un preneur de licence potentiel refuse véritablement de conclure un accord à des conditions FRAND* »[2063].

445. La Commission reprend le même raisonnement en précisant certains points dans la décision Motorola qui concerne des faits similaires. Elle liste trois types de circonstances[2064] susceptibles d'être qualifiées de « *justification objective* » à l'exercice de l'action en contrefaçon : des difficultés financières pour le preneur de licence potentiel incapable de payer ses dettes, la localisation des avoirs du licencié potentiel située dans une juridiction ne prévoyant pas de procédures adéquates d'exécution des demandes de dommages et intérêts ou l'absence de volonté de conclure un contrat de licence[2065]. En l'espèce, la seconde offre de la société Apple prévoyant une fixation juridictionnelle de la redevance exprime clairement son intention de conclure un contrat de licence à des conditions « FRAND » ; l'injonction requise par la société Motorola n'était donc pas nécessaire. A l'inverse, compte tenu de la position dominante de cette dernière sur le marché et de son engagement « FRAND », cette procédure était constitutive d'un abus de position dominante. La Commission choisit toutefois de ne pas infliger d'amende car il n'existait, au jour de la décision, aucune jurisprudence des juridictions de l'Union européenne traitant de la légalité, en vertu de l'article 102 TFUE, des actions en cessation basées sur les brevets essentiels et que les conclusions en la matière des cours et tribunaux nationaux étaient alors divergentes[2066]. Plutôt que de sanctionner à tout prix, la Commission privilégie une décision didactique à l'intention des titulaires de brevets essentiels à une norme. La question de la charge de l'ouverture de la négociation, ainsi que des éléments de cette négociation[2067] reste en revanche en suspens. Ce sont pourtant des points cruciaux au regard de la tendance des titulaires de droits à bloquer l'accès à la norme à leurs concurrents et de celle des licenciés potentiels prompts à invoquer un abus dès lors que la licence pourrait leur paraitre trop coûteuse[2068]. Ces interrogations ont été éclaircies par la Cour dans la décision Huawei.

[2063] Résumé de la décision de la Commission du 29 avril 2014, Samsung, Aff. AT.39939, (2014/C 350/08), précité, pt 20 ; Commission 29 avril 2014, C(2014) 2891 final, pt 123

[2064] Résumé de la décision de la Commission du 29 avril 2014, Motorola, Aff. AT.39985, (2014/C 344/06), précité ; Commission 29 avril 2014, C(2014) 2892 final, pts 421 et suivants

[2065] N. Petit, « Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014 », ccc mai 2015 n°5, dossier n°3

[2066] Résumé de la décision de la Commission du 29 avril 2014, Motorola, Aff. AT.39985, (2014/C 344/06), précité

[2067] E. Treppoz « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », RTD Eur. 2015 p.865

[2068] D. Bosco « « Patent war » : les conditions de la qualification d'abus de position dominante sont précisées », ccc n° 1, Janvier 2015, comm. 13

446. La question tranchée par la Cour dans son arrêt Huawei. La décision de la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire Huawei[2069], est importante à un double titre : elle marque, non seulement une position de principe sur les conséquences d'un engagement « FRAND » dans l'appréciation d'une action en contrefaçon de brevet essentiel, mais encore elle énonce la marche à suivre en pratique pour que les comportements des parties intéressées à la conclusion d'une licence à des conditions « FRAND » soient exempts de reproches. Les faits mettent en cause deux entreprises de dimension mondiale intervenant dans le secteur de l'information et de la communication : Huawei Technologies, titulaire d'un brevet notifié à l'ETSI comme essentiel à la norme « Long Term Evolution » (LTE), ayant pris l'engagement de délivrer aux tiers des licences à des conditions « FRAND » d'une part, et ZTE Corp, également entreprise internationale commercialisant des produits équipés d'un logiciel lié à la norme LTE d'autre part. Durant cinq mois à compter de novembre 2010, Huawei et ZTE ont engagé des discussions relatives à la conclusion d'une licence du brevet détenu par Huawei : celle-ci proposait un montant de redevance qu'elle estimait raisonnable tandis que ZTE souhaitait une concession réciproque de licences. Les parties n'étant pas parvenues à un accord et ZTE commercialisant des produits mettant en œuvre la norme LTE sans verser de redevance, Huawei engagea, le 2 avril 2011, une action en contrefaçon devant le Landgericht Düsseldorf. Face à des indications contradictoires issues des décisions Orange Book Standard, Samsung et Motorola, cette juridiction a décidé de sursoir à statuer et de poser cinq questions préjudicielles[2070] portant sur l'éventuelle qualification d'abus de position dominante de

[2069] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd c/ ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, Recueil numérique ECLI:EU:C:2015:477

[2070] « *1) Le titulaire d'un [BEN] , qui s'est déclaré disposé envers un organisme de normalisation à octroyer aux tiers une licence à des [conditions FRAND], abuse-t-il de sa position dominante lorsqu'il introduit une action en cessation à l'encontre d'un contrefacteur, alors que ce dernier s'est déclaré disposé à négocier une telle licence,*

ou

convient-il de considérer qu'un abus de position dominante n'est constitué que si le contrefacteur a, aux fins de la conclusion du contrat de licence, soumis au titulaire du brevet une offre inconditionnelle acceptable que le titulaire ne peut pas refuser sans gêner de manière inéquitable le contrefacteur ou sans violer le principe de non-discrimination et si, par anticipation de la licence à octroyer, le contrefacteur remplit déjà les obligations contractuelles eu égard aux actes d'exploitation survenus?

2) Dans le cas où un abus de position dominante est constitué de par la simple disposition du contrefacteur à négocier : L'article 102 TFUE prévoit-il des conditions particulières de qualité et/ou de délai pour une telle disposition à négocier? Est-il possible de considérer que le contrefacteur est disposé à négocier lorsqu'il a exprimé (par oral), en termes généraux seulement, sa disposition à entamer des négociations ou bien le contrefacteur doit-il déjà avoir entamé les négociations en indiquant par exemple les conditions concrètes dans lesquelles il est disposé à conclure le contrat de licence?

3) Si l'abus de position dominante est subordonné à la soumission d'une offre de contrat inconditionnelle et acceptable : L'article 102 TFUE prévoit-il des conditions particulières de qualité et/ou de délai pour une telle offre? L'offre doit-elle contenir l'ensemble des règles généralement prévues dans les contrats de licence relevant du domaine technique en cause? En particulier, l'offre peut-elle être conditionnée à l'exploitation effective du brevet susmentionné ou bien à sa validité?

l'introduction d'une action en contrefaçon par le titulaire d'un brevet essentiel à une norme ayant pris l'engagement de concéder des licences à des conditions « FRAND ».

447. Les particularités de l'espèce. La première spécificité concerne la nature des agents économiques : les opérateurs en cause sont tous deux des multinationales du secteur de l'information et de la communication qui sont détenteurs de plusieurs brevets essentiels à la norme «Long Term Evolution», pour lesquels ces acteurs se sont engagés à délivrer des licences à des conditions FRAND[2071]. Il s'agit donc d'entreprises rompues aux négociations de de ce type et qui possèdent chacune un portefeuille de brevets conséquent. C'est d'ailleurs pourquoi la société ZTE proposait une concession réciproque de licences, argument impossible à développer par une entreprise de disposant pas de moyens et de droits comparables. Cela touche à la seconde particularité de l'affaire : ce n'est pas l'accès au brevet qui est contesté, mais ses modalités et, plus précisément son prix. A l'instar de l'avocat général Wathelet[2072], il nous semble que si la filiation avec la jurisprudence antérieure telle que la décision IMS Health[2073] existe, la problématique est distincte[2074], en ce qu'elle se concentre sur le montant de la redevance dont le principe est acquis.

448. Le « mode d'emploi » de la Cour. Il ne peut exister de solution de principe catégorique[2075] à la question de l'abus de position dominante. Le refus d'octroyer une licence à des conditions « FRAND », après avoir pris un tel engagement qui crée des « *attentes*

---

4) Si l'abus de position dominante est subordonné à l'exécution des obligations qui incombent au contrefacteur au titre de la licence à octroyer: L'article 102 TFUE prévoit-il des conditions particulières pour les actes d'exécution du contrefacteur? Le contrefacteur est-il tenu de rendre compte des actes d'exploitation survenus et/ou de verser une redevance? Le cas échéant, le contrefacteur peut-il satisfaire à l'obligation de verser une redevance via la constitution d'une sûreté?

5) Les conditions dans lesquelles le titulaire d'un [BEN] est réputé avoir abusé de sa position dominante s'appliquent-elles également lorsque le titulaire fait valoir en justice d'autres droits au titre de la contrefaçon (fourniture de données comptables, rappel des produits, dommages-intérêts)?»

[2071] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei, pt 40

[2072] Conclusions de l'Avocat général M. Melchior Wathelet, présentées le 20 novembre 2014 dans l'affaire C-170/13 Huawei Technologies Co. Ltd, c/ ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH, répertoire numérique ECLI:EU:C:2014:2391, pt 70 : « à la différence de ces affaires qui portent sur des refus d'accorder des licences d'utilisation de droits de propriété intellectuelle, Huawei a notifié (46) le brevet litigieux auprès de l'ETSI et s'est engagée volontairement à accorder aux tiers des licences pour ce brevet à des conditions FRAND, ce qui, à première vue, ne peut être assimilé à un refus, tel que ceux envisagés dans la jurisprudence citée [Arrêts RTE et ITP/Commission (EU:C:1995:98, points 50, 53 à 56), IMS Health (EU:C:2004:257, points 35 et 36) et Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, points 39 et 40)] ; voir également pt 48 de l'arrêt

[2073] Pour un commentaire de cette jurisprudence, voir *supra* n°287 et suivants

[2074] Pour une autre vision des choses, faisant notamment valoir qu'un prix excessif s'assimile à un refus d'accès, voir E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », précité

[2075] L. Idot, "Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Une stabilisation de la jurisprudence en matière d'abus de position dominante ? », RTD Eur. 2015 p.826

légitimes auprès des tiers », peut constituer un abus de position dominante[2076]. Dès lors que la difficulté vient, non pas du refus de concéder une licence, mais de la détermination des conditions « FRAND » de la licence, il appartient au titulaire de brevet essentiel de respecter certaines démarches pour que son action en contrefaçon ne puisse pas être qualifiée d'abusive[2077]. La Cour s'efforce de proposer une liste de démarches très précises[2078], afin de respecter un équilibre des intérêts en présence[2079], de façon à adopter de part et d'autre, un comportement exemplaire aux fins de la conclusion de licence à des conditions « FRAND ». La Cour transmet ainsi aux opérateurs un véritable guide de négociations « FRAND »[2080]. Certains auteurs[2081] s'interrogent sur le bien-fondé d'un tel souci du détail. Si cela contraint effectivement la liberté contractuelle dans la conduite des discussions, cette décision donne un cadre rassurant et une certaine sécurité juridique aux agents économiques, désormais à même de mesurer la portée de leur comportement au cours de la négociation.

449. En raison du grand nombre de brevets essentiels dans une norme[2082], la première étape consiste dans la notification à l'utilisateur de la norme de l'existence du brevet essentiel et des actes qui lui sont reprochés[2083], afin de lui permettre d'être en pleine connaissance de cause[2084]. Le titulaire de brevet doit, ensuite, lui faire une offre de licence concrète, écrite,

---

[2076] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei, pts 53 et 54 ; voir également P. Arhel, « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (octobre - novembre 2014) », LPA 15 juin 2015 n° 118 - page 8 sur les conclusions de l'avocat général M. Wathelet dans la même espèce

[2077] *Ibid.*. pt 55

[2078] L. Idot, "Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Une stabilisation de la jurisprudence en matière d'abus de position dominante ? », précité : la Cour « *détaille purement et simplement le déroulement d'une négociation contractuelle* » ; voir également L. Idot, « Brevet essentiel et licences à des conditions FRAND », Europe, octobre 2015 n°10, comm. 374

[2079] Protection du marché d'une part et protection des droits de propriété intellectuelle d'autre part cf directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et article 17 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01) ; voir également J.-Ch. Roda, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », Dalloz 2015 p.2482

[2080] Comprenant sept devoirs cf G. Decocq, « Abus de position dominante versus brevet », ccc octobre 2015 n°10, comm. 234

[2081] L. Idot, "Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Une stabilisation de la jurisprudence en matière d'abus de position dominante ? », précité ; L. Idot, « Brevet essentiel et licences à des conditions FRAND », précité, J.-Ch. Roda, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », précité

[2082] La norme LTE visant plus de 4700 brevets considérés comme essentiels cf CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei, pt 62 et conclusions de l'avocat général M. Wathelet précitées, pt 81

[2083] *Ibid.*. pts 60 et 61

[2084] C. Caron, « Un cocktail explosif : abus de position dominante, action en contrefaçon, précité, évoque à cet égard l'obligation résultant de l'article 56 al 3 du code de procédure civil modifié par le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 de préciser dans l'assignation les « *diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »

précisant la redevance et ses modalités de calcul[2085], respectant ainsi l'engagement pris auprès de l'organisme de normalisation. Il incombe alors à l'utilisateur de la norme de donner suite à cette offre avec diligence et s'il la refuse, de proposer une contre-offre répondant aux conditions « FRAND ». Il doit en outre constituer une sûreté appropriée[2086] s'il utilise les enseignements du brevet avant qu'un contrat ne soit conclu[2087]. A défaut d'accord, les entreprises peuvent avoir recours au service d'un tiers indépendant[2088], qui peut apparaître comme la marque d'une *« judiciarisation de la phase de négociation du contrat (...) au détriment de toute liberté contractuelle »*[2089]. Il nous semble à l'inverse que cette option permet une application de l'engagement « FRAND » dans le respect des intérêts des deux parties.

450. En tout état de cause, il ne peut être reproché à l'utilisateur de la norme, parallèlement aux négociations, de contester la validité ou l'essentialité du ou des brevets en cause[2090], compte tenu du défaut de contrôle de ces deux aspects par les organismes de normalisation[2091]. S'agissant, enfin, des actions du titulaire de brevet essentiel se limitant à obtenir des données comptables ou des dommages et intérêts, donc sans incidence sur l'apparition ou le maintien de produits conformes à la norme considérée, fabriqués par des concurrents[2092], elles ne peuvent être considérées comme abusives au titre de l'article 102 TFUE. A cet égard, il est possible de s'interroger, à l'instar des professeurs Roda et Passa, sur l'influence d'une menace d'action en dommages et intérêts sur l'attitude d'une entreprise. Celle-ci pourrait vraisemblablement être encline à accepter des redevances excessives pour échapper à cette pression[2093]. En conséquence, l'affirmation selon laquelle une action se limitant à des dommages et intérêts ne peut être abusive nous paraît discutable car détachée de la réalité des opérateurs.

[2085] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei, pt 63, sans que la Cour ne précise lesdites modalités de calcul, laissées à l'appréciation et à la pratique du titulaire de droits ; voir également L. Marino, « Brevets high-tech à la CJUE : BEN, licence FRAND et action en contrefaçon », Gaz. Pal. 5 novembre 2015 - n° 309

[2086] telle une garantie bancaire ou une consignation de sommes cf J. Passa, « Action en contrefaçon concomitante à la négociation d'une licence FRAND sur un brevet essentiel à une norme : conditions de l'abus de position dominante », Prop. ind. n°11 novembre 2015, étude 20, p. 9

[2087] *Ibid..,* pts 65 à 67, sûreté comprenant le décompte des actes d'exploitation

[2088] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei, pt 68

[2089] E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », précité

[2090] *Ibid.. 69*

[2091] Sur le défaut de contrôle des organismes de normalisation, voir *supra* ; voir également P. Arhel, « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (Juillet 2015) (suite et fin) », LPA 12 janvier 2016 n° 8 - page 5

[2092] CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei, pts 72 à 75

[2093] J.-Ch. Roda, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », précité

451. La position dominante du titulaire de brevet essentiel en question. La décision de la Cour se démarque également en ce qu'elle n'interroge pas la réalité de la position dominante de la société Huawei. Ce manque s'explique par le fait que cette position n'était pas contestée et que la Cour ne pouvait aller au-delà des questions préjudicielles qui lui était posées[2094]. Il n'en reste pas moins que cette question mériterait un examen approprié. La détention d'un brevet essentiel ne confère pas une position dominante de manière automatique[2095]. Celle-ci devrait donc être expressément caractérisée. La Cour ne donne pas d'indication sur la détermination du périmètre du marché pertinent, préalable nécessaire à la qualification d'une position dominante. Il est possible de se référer à la décision Motorola de la Commission qui avait retenu pour cela le marché de la technologie, telle que spécifiée dans la norme GPRS[2096]. La technologie de Motorola étant désignée comme essentielle[2097] dans la norme, la Commission en avait déduit sa position dominante. Ce raisonnement n'est pas parfaitement convainquant, étant donné le nombre d'entreprises détenant des brevets essentiels au sein d'une même norme. Suivant la logique de la Commission, chaque entreprise détenant des brevets essentiels à une technologie serait alors en position dominante. Dès lors, la société ZTE, détenant également des brevets essentiels à la norme LTE, devait aussi être considérée en position dominante et les relations entre les deux opérateurs auraient dû être appréhendées à travers le prisme de cette circonstance spécifique, ce qui n'a pas été fait. En tout état de cause, la détention d'un brevet essentiel à une norme ne devrait qu'induire une présomption simple de position dominante qu'il devrait être possible de renverser[2098]. Cela paraît néanmoins délicat[2099] eu égard à la position de la Commission.

[2094] Voir les conclusions de l'avocat général M. Wathelet, pts 53 à 56 ; J. Passa, « Action en contrefaçon concomitante à la négociation d'une licence FRAND sur un brevet essentiel à une norme : conditions de l'abus de position dominante », précité

[2095] Conclusions de l'avocat général M. Wathelet, précitées, pt 57 ; voir également paradoxalement les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale pt 269 *« même si l'élaboration d'une norme peut créer un pouvoir de marché ou accroître le pouvoir de marché des titulaires de DPI essentiels à cette norme, rien ne laisse supposer que la détention ou l'exercice de DPI essentiels à une norme équivaut à détenir ou à exercer un pouvoir de marché. La question du pouvoir de marché ne peut être examinée qu'au cas par cas. »* ; ainsi que J. Passa, « Action en contrefaçon concomitante à la négociation d'une licence FRAND sur un brevet essentiel à une norme : conditions de l'abus de position dominante », précité

[2096] Commission UE 29 avril 2014, aff. AT.39985 – Motorola, C(2014) 2892 final, pt 191

[2097] La technologie protégée par un brevet essentiel et incorporée à la norme, cesse de devenir substituable.

[2098] Conclusions de l'avocat général M. Wathelet, précitées, pt 58 : En faisant valoir des indices concrets et circonstanciés, tels que la détention par le licencié d'autres brevets essentiels. Un auteur évoque à cet égard la relativité de la position dominante entre des entreprises détenant chacune une partie des nombreux brevets essentiels visés par une norme cf E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », précité : *« Dominant face à des tiers [ne détenant aucun brevet essentiel], ces géants détenant une partie d'un même buisson de brevets ne le seraient plus dans leur rapport respectif. Leur poids équivalent exclurait ainsi que l'un puisse dominer l'autre. En bref, les positions dominantes s'annuleraient.* »

[2099] J.-Ch. Roda, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », précité

452. Les suites nationales de l'affaire Huawei. Les décisions nationales, essentiellement allemandes, suivant la jurisprudence de la Cour de Justice ont apporté des précisions sur les conditions de négociation des licences « FRAND », nécessitant la transmission d'informations complètes au licencié potentiel[2100]. Celles-ci doivent aborder le contenu du portefeuille de brevets, mais également le mode de calcul de la redevance aux conditions présentées comme « FRAND »[2101]. Par ailleurs, une offre de contre-licence présentée dix-huit mois après la première offre du breveté a été jugée tardive[2102]. Les indications données par la Cour de justice doivent ainsi être confrontées à chaque cas d'espèce.

453. Il résulte de ce qui précède que la normalisation est de nature à renforcer des libertés économiques, sous réserve de l'accessibilité de la norme[2103]. Cela se traduit par un recours généralisé à des engagements de conclure des licences à des conditions « FRAND », suivant, le cas échéant, le guide d'application défini par la Cour de justice dans l'affaire Huawei. L'une des difficultés d'appréciation de la situation des opérateurs agissant dans le cadre d'une norme, tient, entre autres, à la multiplicité des brevets visés au sein d'un standard. Plus de 4700 brevets sont ainsi nécessaires à la mise en œuvre de la norme LTE. Ce phénomène des maquis de brevets ou « *patent thickets* » a également des conséquences notables pour les utilisateurs de la normes qui se voient contraints de conclure de multiples licences.engendrant le paiement de multiples redevances[2104]. Même si celles-ci répondent aux critères « FRAND », leur « empilement » est susceptible de paralyser l'action d'opérateurs, incapables d'assumer une telle charge. C'est notamment pour répondre à cette problématique que se sont développés les *pool*s de brevet[2105].

[2100] Oberlandesgericht Düsseldorf, 17 novembre 2016, aff. I-15 U 66/15 et Oberlandesgericht Karlsruhe, 8 septembre 2016, aff. 6 U 58/16 par la Commission dans sa Communication sur les brevets essentiels à des normes du 29 novembre 2017
[2101] Landgericht Mannheim, 1er juillet 2016, 7 O 209/15 cité par P. Debré et S. Corbineau-Picci, *in* « FRANDez-vous en terre inconnue », Prop. Ind. n° 4, Avril 2018, étude 10
[2102] Landgericht Mannheim, 29 janvier 2016, 7 O 66/15, cité par P. Debré et S. Corbineau-Picci, *in* « FRANDez-vous en terre inconnue », précité
[2103] L. Idot, « Accords horizontaux », Europe n° 2, Février 2011, comm. 68, voir également P. Arhel, « Révision des restrictions horizontales », JcpE n° 20, 20 Mai 2010, act. 271
[2104] Phénomène dit de multimarginalisation cf F. Lévêque, La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up, précité
[2105] A. Latil, « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », précité

Section II – La divulgation d'informations groupées, facteur de développement des libertés économiques

454. Le contexte de la création d'un *pool* de brevets. Un *pool* de brevets se définit comme un accord par lequel « *deux parties ou plus regroupent un ensemble de technologies qui sont concédées non seulement aux parties à l'accord, mais aussi à des tiers* » [2106]. En d'autres termes, un *pool* de brevets consiste dans la réunion de droits de propriété intellectuelle comme un tout portant sur des technologies qui sont licenciées, non seulement aux membres du *pool,* mais également à des tiers. Une des particularités du *pool* tient à la concession par un interlocuteur unique d'une licence unique pour l'ensemble des brevets du *pool*[2107].
La réglementation européenne retient l'expression de « regroupement de technologies », locution plus large susceptible de prendre en compte d'autres types de droits de propriété intellectuelle, tels que les droits d'auteur portant sur des logiciels[2108], ou les modèles d'utilité, les droits de dessin, les topographies de produits semi-conducteurs listés à l'article 1er b) du règlement n°316/2014 du 21 mars 2014. Toutefois, la lettre des lignes directrices sur les accords de transfert de technologie ne visant explicitement que les brevets dans la partie 4.4 relative aux « *Accords de regroupements de technologies* », sous-tend une prépondérance de ces titres dans le cadre des regroupements de technologies.

Il n'existe pas de corrélation systématique entre les *pool*s de brevets et le phénomène de normalisation malgré une récurrence dans l'emploi de regroupements de technologies couvrant tout ou partie d'une norme[2109]. C'est dans l'objectif de rationaliser la gestion[2110] de droits de propriété intellectuelle devant être mis en œuvre par plusieurs opérateurs que ces rassemblements de droits sont susceptibles d'être créés[2111]. Ils permettent un accès facilité à la

[2106] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 244
[2107] *Ibid..,* pt 56 : « *La notion de regroupement de technologies couvre des accords par lesquels deux parties ou plus acceptent de réunir leurs technologies respectives et de les concéder comme un tout, ainsi que les accords par lesquels deux entreprises ou plus acceptent d'accorder une licence à un tiers et de l'autoriser à concéder lui-même des licences sur l'ensemble de technologies concédé*. »
[2108] H. Ullrich, « Pools de brevets : problèmes et implications politiques », Prop Int. Avril 2001 n°39, Doctrine p.164
[2109] Communication de la Commission sur les Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (2014/C 89/03) du 28 mars 2014, pt 245
[2110] Par une concession centralisée des licences afin de faciliter l'accès à la technologie
[2111] H. Gaumont-Prat, « MPEG LA invite les brevets CRISPR-Cas9 à être mis en commun avant le 30 juin 2017 », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2017, alerte 57

technologie par une centralisation de la concession de licences[2112]. Les *pool*s de brevets jouent un rôle fondamental dans les domaines d'activité mettant en œuvre de nombreuses normes[2113], à l'instar du secteur de l'information et de la communication[2114].

455. La concentration des droits peut prendre différentes formes juridiques : elle peut résulter d'un simple contrat, d'une filiale commune ou d'une copropriété de brevets[2115]. L'accord peut être bipartite[2116] ou multipartite, intervenir entre concurrents ou non-concurrents[2117], prévoir la concession de licences entre les parties ou déléguer cette mission à une entité distincte[2118]. Il convient de distinguer les *pools* de brevets de mécanismes proches, telles que les licences croisées ou licences liées[2119]. Il peut exister des licences croisées au sein d'un *pool* de brevets, mais elles ne sont pas à même, en revanche, de centraliser les technologies, ni de proposer une licence unique pour un ensemble de droits[2120] par l'intermédiaire d'un interlocuteur distinct des titulaires[2121]. A l'inverse, des licences liées permettent une licence globale, mais à condition de couvrir des brevets détenus par le même titulaire, là où le *pool* rassemble de multiples propriétaires[2122].

456. L'évolution de l'appréciation des *pool*s de brevets. L'appréciation des regroupements de technologies par le droit européen de la concurrence est récente. Elle est apparue explicitement, pour la première fois, dans les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie du 27 avril 2004, ensuite reprise dans celles du 14 janvier 2011. Elle reste cependant cantonnée à des indications de *soft law*, la Commission n'ayant pas compétence pour édicter un règlement d'exemption visant des accords comprenant plus de deux parties prenantes[2123]. L'analyse des regroupements de technologies qui y est proposée

---

[2112] J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », in Propriété intellectuelle et concurrence, pour une (ré)concililation, Colloque organisé par l'Irpi du 8 novembre 2011, éd. Lexisnexis, Coll. Irpi n°40, 2012, p.51

[2113] *Ibid.*.

[2114] Voir notamment les *pools* de brevets correspondant à la norme LTE pour la 4G, pour la 3G ou le wifi gérés en Europe par la société Sisvel cf http://www.sisvel.com/licensing-programs

[2115] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », éd. LexisNexis, Coll. Irpi n°32, 2008, pt 151, p.123

[2116] Ce qui est très rare

[2117] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle »,précité, pt 151, p.123

[2118] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 244

[2119] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°459

[2120] *Ibid.*.

[2121] H. Ullrich, « *Pool*s de brevets : problèmes et implications politiques », précité

[2122] *Ibid.*. ; voir également Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 244

[2123] Le règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965,concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées limite expressément la compétence de la

est largement inspirée[2124] des Lignes directrices américaines[2125] et de décisions postérieures du Département de justice américain (DoJ) statuant sur la licéité de *pool*s de brevets, en particulier celle approuvant le « *pool* MPEG-2 »[2126]. La Commission développe une argumentation mettant en exergue les apports pro-concurrentiels des regroupements de technologies (**§1**), tout en précisant les facteurs de risques concurrentiels engendrés par les *pool*s de brevets (**§2**).

§1 – La divulgation de l'information protégée *via* les *pool*s de brevets, facteur de développement des libertés économiques

457. L'essence d'un *pool* de brevets est de regrouper la gestion de droits de propriété intellectuelle afin d'en permettre la concession de manière simplifiée et centralisée. Par ce mécanisme, les regroupements de technologies constituent généralement un facteur favorable au développement de l'innovation[2127]. La divulgation de l'information protégée par le biais de la conclusion de licences d'un « paquet » de brevets issus d'un *pool* engendre des effets pro-concurrentiels, non seulement de manière immédiate par une diminution des coûts de transaction (**A**), mais également, de manière médiate, en évitant des litiges ou des situations de blocage (**B**). Ces effets pro-concurrentiels tiennent au principe même de regroupement de technologies. Selon les technologies regroupées et les modalités de concession de licence

---

Commission dans la préparation de règlements d'exemption à des hypothèses où ne sont en cause que deux entreprises cf art 1 ; de surcroît le Considérant 7) du règlement (UE) n ° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie exclut expressément de son champ d'application les regroupements de technologies : « *Il ne doit pas non plus s'appliquer aux accords visant le regroupement de technologies, c'est-à-dire aux accords ayant pour objet de regrouper des technologies en vue de les concéder sous licence à des tiers, ni aux accords par lesquels les technologies regroupées sont concédées sous licence à ces tiers.* »

[2124] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle »,précité, pt 164, p.137

[2125] US Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 6 avril 1995, disponible à l'adresse : https://www.justice.gov/atr/archived-1995-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property. Ces lignes directrices revues le 12 janvier 2017 maintiennent les principes dégagées en 1995 : "*the Agencies do not presume that intellectual property creates market power"; and "the Agencies recognize that intellectual property licensing allows firms to combine complementary factors of production and is generally procompetitive.*" Elles sont disponibles à l'adresse : https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download

[2126] Department of Justice, Antitrust Division, J. I. Klien (*acting Assistant Attorney General*), Business Review Letter, 26 juin 1997. Pour un exposé détaillé de la jurisprudence américaine antérieure et postérieure aux lignes directrices précitées, voir G. Boisnard, « *Pool*s de brevets et droit communautaire de la concurrence », Mémoire de DESS Propriété industrielle; Université Panthéon-Assas, 2005, disponible à l'Irpi ; C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle »,précité, pts 151 et suivants, p.127 et suivantes ; également J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité

[2127] J. Lerner et J. Tirole, « Efficient patent pools », 3 Septembre 2003, disponible à l'adresse : http://publications.ut-capitole.fr/1195/1/patent_pools.pdf

prévues, peuvent apparaître d'autres effets positifs pour la concurrence ou, au contraire, des risques pour les libertés économiques[2128].

A/ La facilitation de l'accès à l'information protégée *via* un *pool* de brevets

458. La divulgation de l'information protégée *via* un regroupement de technologies emporte de nombreux effets positifs sur les libertés économiques car elle répond à plusieurs limites inhérentes à la constitution de droits de propriété intellectuelle.

459. Les effets positifs de la concession licence. Le propre d'un brevet est la faculté offerte à son titulaire d'en interdire une exploitation qu'il n'aurait pas autorisée. Or, il arrive que le détenteur d'une invention ne soit pas à même de l'exploiter personnellement, faute de moyens techniques, commerciaux ou financiers. Le titulaire de brevet peut également choisir de ne pas concentrer ses efforts sur l'exploitation d'un de ces brevets mais sur une autre branche d'activité. Afin que l'invention ne reste pas lettre morte malgré tous les intérêts qu'elle serait susceptible d'apporter aux consommateurs, le système de concession de licences propose une solution adaptée[2129]. En déléguant l'exploitation des droits à un tiers, il permet une extension de la production des biens concernés et intensifie de la sorte la concurrence[2130]. Il encourage par ailleurs la concurrence dynamique en favorisant l'innovation incrémentale[2131], c'est-à-dire se développant à partir d'innovations antérieures dont la mise en œuvre nécessite l'autorisation de leur titulaire.

Les *pool*s de brevets, qui consistent en l'octroi centralisé d'une licence d'un ensemble de droits de propriété intellectuelle, reprennent à leur compte les effets positifs de promotion et de diffusion de la technologie issus de la concession de licences[2132]. Ils répondent, en outre, à certaines problématiques spécifiques dérivées de la fragmentation de la propriété des technologies.

460. La fragmentation de la propriété des technologies. Les technologies contemporaines, en particulier dans le domaine de l'information et de la communication, connaissent un

[2128] Voir *infra*

[2129] A. Abello, « La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle », éd. LGDJ, Lextenso-éditions, 2008, n°300 à 325, p.152 à 162

[2130] J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité

[2131] *Ibid.*.

[2132] A. Abello, « La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle », précité, n°353 p.176

foisonnement de brevets, parfois qualifiés d'enchevêtrements, de maquis ou de buissons (*thickets*)[2133]. Cela signifie concrètement que, pour la mise en œuvre d'une seule technologie, doivent être exploités simultanément de multiples brevets, éventuellement interdépendants[2134]. Ce phénomène de fragmentation de la propriété se retrouve dans de nombreuses normes[2135]. L'utilisateur potentiel est alors confronté à plusieurs difficultés : identifier les différents titulaires de droits, puis négocier avec chacun les conditions d'usage de son brevet[2136]. Ces démarches longues et coûteuses rendent l'accès à la norme difficile et sont susceptibles de limiter, voire d'anéantir, son utilisation. A l'inverse, le recours à un *pool* de brevets apparaît comme une solution avantageuse pour toutes les parties en présence. Le regroupement de technologies évite aux preneurs de licences d'avoir à identifier les donneurs, rassemblés au sein du *pool* et, inversement, les titulaires de droits n'ont pas à rechercher les preneurs qui s'adresseront directement au *pool* pour obtenir l'autorisation d'exploiter les brevets convoités. Les négociations s'en trouvent grandement facilitées et accélérées[2137]. En permettant des discussions avec un seul interlocuteur, le regroupement de technologies offre la possibilité d'une « autorisation globale d'utilisation »[2138] favorable à la diffusion de la norme et du progrès technique. Outre une négociation plus aisée, le *pool* permet également une diminution du prix de la licence en évitant une double marginalisation.

461. Le calcul de la redevance ou la mise à l'écart de la multimarginalisation. La multimarginalisation consiste dans l'accumulation de redevances négociées individuellement avec chaque détenteur de droits. Le montant des royalties pris isolément peut être considéré comme raisonnable, mais le cumul des redevances peut aboutir à une somme exorbitante rendant la norme inaccessible[2139], nuisant ainsi aux consommateurs et aux titulaires de

[2133] L. Marino, « Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière », Rldi février 2014 n°101, Perspectives-Analyses n°3365 p.69, évoquant notamment la difficulté du nouvel entrant face à ce « maquis de brevets » pour déterminer quelle est « *sa sphère de liberté d'exploitation* », incertitude de nature à entraver ses « *efforts d'innovation* » ; voir également C. Shapiro, "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent *Pool*s, and Standard-Setting", in Innovation Policy and the Economy (ss dir. Jaffe A. B., Lerner J. et Stern S.), vol. 1, MIT Press, mars 2001 disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=273550 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.273550

[2134] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle »,précité, pt 153, p.124

[2135] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°454

[2136] I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », Revue internationale de droit économique, 2008/1 t. XXII, 1, p. 47-65.

[2137] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°461

[2138] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 153, p.124

[2139] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°454

brevets[2140]. Ce phénomène mis en exergue par Cournot en 1838[2141], repris par Carl Shapiro en 2001[2142] traduit l'empilement des coûts de transaction : les coûts de recherche, évaluation, négociation et suivi de contrat, voire des éventuels frais de contentieux augmentent en proportion du nombre de propriétaires[2143]. Carl Shapiro évoque les conséquences d'une telle addition de redevances : un usage restreint des produits concernés, une diminution de la production de ces produits et une baisse de l'innovation[2144]. Une solution à ce problème de multimarginalisation pourrait être « *la fusion des entités détenant un pouvoir de monopole sur des produits complémentaires* »[2145] de façon à réduire le nombre de détenteurs de droits. Cette option ne paraît toutefois guère envisageable dans le cas de monopoles issus uniquement de brevets, la fusion étant une solution trop extrême avec des conséquences allant bien au-delà du simple rassemblement de droits.

Est préférée la création d'un *pool* de brevets qui se caractérise par la concession d'une seule licence portant sur un ensemble de droits. L'autorisation d'exploitation de ces droits multiples s'effectue en contrepartie du paiement d'une seule redevance. L'unicité de la redevance constitue un avantage fondamental pour les licenciés car le calcul du prix intègre la particularité du *pool* résidant dans la fragmentation de la propriété. En effet, « *la théorie économique tend à montrer que, si les titulaires de droits sont en situation de monopole, le prix de la licence globale sera inférieur à la somme des prix réclamés individuellement pour chaque licence. L'unicité de monopole permet d'éviter le problème des marges multiples qui se pose en présence d'une chaîne de monopoles* »[2146]. En d'autres termes, la concession d'une seule licence permet de fixer un niveau de redevance unique pour l'ensemble des brevets, dont le montant, plus bas que la somme des redevances individuelles, sera conforme aux intérêts des licenciés et des titulaires de droits, atteignant ainsi une forme d'*optimum* économique[2147]. La difficulté d'une telle rémunération consiste dans le choix de la clé de répartition de la redevance ainsi perçue entre les différents titulaires de brevets.

[2140] Y. Ménière, « Le rôle économique des « *pool*s » de brevet », La jaune et la rouge - polytechnique, revue mensuelle des anciens élèves et diplômés de l'école, n°672 février 2012 – La propriété intellectuelle : défendre la création

[2141] Voir G. Boisnard, « *Pool*s de brevets et droit communautaire de la concurrence », précité pour un exemple détaillé de la théorie développée par Cournot.

[2142] C. Shapiro, "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent *Pool*s, and Standard-Setting", précité

[2143] Y. Ménière, « Le rôle économique des « *pool*s » de brevet », précité

[2144] *Ibid.*.

[2145] *Ibid.*. ; voir également F. Lévêque, La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up, RLC juillet-septembre 2007 n°12, Perspective-Etude p. 170 n°883

[2146] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle »,précité, pt 153, p.124

[2147] F. Lévêque, La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up, précité

462. La répartition du montant de la redevance unitaire. Les brevets essentiels étant susceptibles de concerner des inventions très hétérogènes, il est délicat de déterminer objectivement la valeur de telle ou telle invention. Une clé de répartition par les mérites apparaît de ce fait difficile. Pour pallier cet inconvénient, certains *pools* de brevets ont choisi la voie de la simplicité en allouant une quote-part de la redevance selon le nombre de brevets détenus par chaque titulaire[2148]. C'est le cas notamment des regroupements visant les technologies MPEG-2 et 3G[2149]. Cette méthode est susceptible d'engendrer des détournements par le biais de la multiplication de dépôts pour couvrir une même invention, permettant à son titulaire de maximiser la quote-part de redevance perçue. Une telle pratique s'avère pénalisante, à la fois, pour les licenciés en augmentant la redevance globale, et pour les autres titulaires de droits voyant leur part réduite par la prolifération de brevets destinés à favoriser un titulaire plutôt que de protéger une réelle invention.

Le *pool* de brevets One-Blue concernant le standard Blue-ray présente à cet égard une formule novatrice de partage de redevance. D'une part, il rémunère davantage les brevets couvrant des innovations de format physique concernant les appareils d'enregistrement et de lecture, que les brevets portant sur des inventions applicatives[2150], c'est-à-dire dont la mise en œuvre nécessite le recours à un logiciel. D'autre part, il limite le nombre de brevets liés à une même invention pouvant entrer dans la formule de partage[2151], privant de tout intérêt une multiplication des dépôts. Outre la réduction des coûts de transaction, les regroupements de technologies peuvent éviter ou mettre fin à des situations de blocages causées par les heurts entre plusieurs brevets.

B/ L'évitement de situations de blocage grâce à la divulgation de l'information protégée *via* un *pool* de brevets

463. Une situation de blocage est susceptible de se rencontrer lorsque des titulaires distincts détiennent chacun des brevets essentiels à la mise en œuvre d'une technologie et que la

[2148] F. Lévêque et Y. Ménière, « Technology Standards, Patents and Antitrust », Competition and Regulation in Network Industries, Volume 9 (2008), n°1, p.29
[2149] *Ibid.*.
[2150] http://www.one-blue.com/royalty-rates/royalty_rates.html
[2151] Y. Ménière, « Le rôle économique des « *pool*s » de brevet », précité ; voir également R. Peters, « One-Blue: a blueprint for patent pools in high-tech », Intellectual Asset Management September/October 2011 p.41, www.iam-magazine.com

réunion de leurs consentements est requise pour son exploitation[2152]. Face à la multiplication des brevets et des ayants-droit, les risques de blocage deviennent de plus en plus importants, qu'il s'agisse d'une opposition pratique à l'emploi de brevets ou d'une opposition juridique par le biais d'actions en contrefaçon.

464. Un remède à la tragédie des anticommuns. La « *tragedy of the commons* », présentée par Monsieur Garett Hardin[2153], consiste dans l'utilisation excessive d'une manne qui aboutit à son épuisement. Concrètement, faute de droit de propriété intellectuelle ou d'exclusivité restreignant les possibilités d'exploitation d'une ressource, celle-ci est utilisée à outrance jusqu'à sa disparition. Un exemple de cet engrenage concerne la surpêche des mers non soumises à régulation[2154]. La « *tragedy des anticommons* » est une réflexion construite en opposition au processus précité. Dans ce cas, c'est l'existence d'un nombre trop important de droits sur une ressource qui conduit à limiter son utilisation[2155]. Dans le cas d'une technologie, cela signifie une sous-exploitation de l'invention causée par la prolifération de brevets bloquants[2156] interdépendants portant chacun sur une partie essentielle de l'innovation. Ce phénomène n'est pas circonscrit à la normalisation même si l'adoption d'une norme constitue un terreau fertile pour son application. Il est fréquent que les normes, en particulier dans le domaine de l'information et de la communication, comprennent de très nombreux brevets[2157]. Dès lors, chaque titulaire de brevet bloquant est à même d'empêcher l'usage de la norme toute entière. Le regroupement de technologies apparaît comme une solution intéressante pour éviter ce type de bocage. Qu'il s'agisse de l'hypothèse où plusieurs brevets interfèrent mutuellement les uns avec les autres (*two-way blocking*) ou de celle où seul un brevet bloque l'autre tout en restant exploitable (*one-way blocking*)[2158], le *pool* permet la mise en œuvre de licences croisées et aboutit à une exploitation de l'invention améliorée[2159] par les innovations protégées par chaque brevet. Les regroupements de technologies jouent alors un

[2152] I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », Revue internationale de droit économique, 2008/1 t. XXII, 1, p. 47-65.
[2153] G. Hardin, « The tragedy of the Commons », Science, vol 162, 13 décembre 1968, p.1243, cité par M. Clément-Fontaine, « Les communs numériques » *in* « Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas », éd. LexisNexis 2014, p.163
[2154] J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité
[2155] C. Shapiro, "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent *Pool*s, and Standard-Setting", précité
[2156] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°452
[2157] La norme 3G inclurait entre 6000 et 7000 brevets cf I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », précité
[2158] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 153, p.124-125
[2159] *Ibid.*.

rôle bénéfique dans la mise en œuvre de normes favorisant la concurrence[2160]. Ils sont de surcroît de nature à éviter des actions réciproques en contrefaçon.

465. Un mode de résolution amiable des litiges. Face à un enchevêtrement de brevets de plus en plus nombreux et de plus en plus complexes, il devient malaisé, pour les utilisateurs d'une technologie éventuellement intégrée à une norme, de connaître les limites de leurs droits d'exploitation. L'innovation dans un secteur où abondent les droits de propriété intellectuelle peut paradoxalement se trouver ralentie en raison de la crainte du litige en contrefaçon[2161]. Le regroupement de technologies permet une concession réciproque des brevets accueillis dans le *pool*. Par ce biais, des licences amiables sont préférées à la mise en œuvre d'actions en contrefaçon, même si l'accord peut intervenir au cours d'une procédure judiciaire[2162]. Des licences croisées pourraient tout aussi bien remplir cette fonction ; aussi l'intérêt du *pool* de brevets est proportionnel au nombre de brevets en jeu. L'intégration dans un *pool* évite la conclusion de multiples licences croisées bilatérales au profit d'un accord global et réduit les risques de procès, profitant à toutes les parties. Les utilisateurs de la technologie, éventuellement intégrée à une norme, bénéficient d'un accès facilité à l'invention et les titulaires de droits perçoivent une quote-part d'une redevance équilibrée dans la recherche d'un *optimum* économique. Les regroupements de technologie apparaissent porteurs d'un « *fort potentiel proconcurrentiel* »[2163]. Celui-ci risque toutefois de se trouver limité, voire anéanti, selon les modalités de fonctionnement du *pool* et la nature des brevets concernés.

§2 – Les risques concurrentiels de la divulgation de l'information protégée *via* un *pool* de brevets

466. En dépit de leurs avantages, les *pool*s de brevets peuvent également engendrer de « *redoutables restrictions de concurrence* »[2164] de nature aussi variée qu'une entente sur les prix issue du mécanisme de groupement, des répartitions géographiques de marchés, un accès discriminatoire ou inéquitable au marché selon les modalités de la licence ou encore une

[2160] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 245
[2161] Communication de la Commission au parlement européen et au Conseil, « Améliorer le système de brevet en Europe », 3 avril 2007, COM(2007) 165 final
[2162] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 153, p.124-125
[2163] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°461
[2164] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 154, p.125

réduction de l'innovation par la mise à l'écart de technologies tierces et le maintien de titres à la validité douteuse[2165]. Les risques concurrentiels engendrés par la divulgation de l'information protégée *via* un *pool* de brevets peuvent se développer concrètement à deux occasions concernant, tour à tour, la détermination du contenu et du contenant du regroupement de technologies, c'est à dire lors de la détermination des brevets intégrés dans le *pool* (**A**) et lors de la constitution du regroupement de technologies et de l'établissement de ses règles de fonctionnement (**B**).

A/ Le risque concurrentiel résultant de la qualification des brevets du *pool*

467. Le risque concurrentiel du *pool* est fonction de la qualité et de la nature des brevets intégrés. Selon qu'ils sont essentiels ou non, substituables, ou non, les effets du regroupement de technologies peuvent varier du tout au tout.

468. L'essentialité des brevets. L'essentialité de la technologie est appréciée selon la Commission au regard de sa nécessité pour fabriquer un produit ou réaliser un processus « dans l'absolu » ou pour effectuer ces démarches conformément à une norme[2166]. Cette seconde précision est issue de la révision des lignes directrices concernant les accords de transfert de technologie en 2014. Dans la version précédente de la communication[2167], la Commission ne mentionnait pas cette distinction, appréciant le caractère essentiel de la technologie en tant que telle. L'essor de la normalisation, en particulier dans le secteur de l'information et de la communication, justifie désormais qu'un brevet puisse être considéré comme essentiel à la mise en œuvre d'une norme. L'essentialité est appréhendée *a contrario,* ce qui renforce la difficulté d'analyse[2168] : une technologie est essentielle s'il n'existe aucun substitut[2169]. Cette définition a plusieurs implications. La première est son aspect évolutif : il peut ne pas exister de substitut à un instant T, ce qui ne préjuge pas d'un développement technologique équivalent postérieur[2170]. Par ailleurs, l'aspect substituable est pris en compte

[2165] *Ibid.*. ; voir également Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 246
[2166] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées , pt 252.
[2167] Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie (2004/C 101/02) du 27 avril 2004, pt 216
[2168] F. Lévêque et Y. Ménière, « Technology Standards, Patents and Antitrust », Competition and Regulation in Network Industries, Volume 9 (2008), n°1, p.29
[2169] A l'intérieur ou à l'extérieur du groupement cf L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°470 et 472
[2170] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 263 ; voir également L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne

suivants deux aspects : les alternatives techniques ainsi que les possibilités commerciales de remplacer la technologie en cause[2171]. Dans le cas d'une norme, les lignes directrices précisent qu'il ne doit pas exister de substitut « *valable* »[2172]. Il est possible de s'interroger sur cet adjectif : comment un substitut pourrait-il être non valable ? Une technologie nous semble devoir être ou ne pas pouvoir être substituable, sans qu'une situation intermédiaire soit possible. En effet, la Commission indique que « *deux technologies constituent des substituts lorsque chacune d'entre elles permet au preneur de fabriquer le produit ou de réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent* »[2173]. Dès lors que deux brevets permettent effectivement de mettre en œuvre la technologie en cause, ils doivent être qualifiés de substituables. Si l'exploitation d'un brevet n'aboutit pas à la réalisation complète de la technologie, il ne devrait pas être considéré comme un substitut.

469. Lorsqu'une technologie fait intervenir de très nombreux brevets, la question de la substituabilité prend une acuité particulière. Deux visions s'opposent alors : envisager la technologie comme un tout, au risque d'anéantir toute possibilité de substitut, en raison de la multiplicité des aspects de la technologie à prendre en compte, ou détailler chaque droit nécessaire à la mise en œuvre d'une partie de la technologie, démarche pointilliste dont le caractère réaliste paraît douteux. La solution adéquate ressort des lignes directrices qui évoquent « *une partie nécessaire (…) des technologies regroupées* »[2174]. L'appréciation la plus pragmatique est ainsi de considérer la substituabilité au regard de chaque aspect de la technologie, en fonctionnant par « paquet de brevets ». A titre d'exemple, la norme LTE couvre le débit, les terminaux, l'utilisation de bande de fréquence, *etc*…[2175] Des ensembles de brevets concernent chacune de ces caractéristiques et il nous semble que la substituabilité doit être appréciée à l'aune de chaque caractère plutôt que de la norme dans son ensemble. Il convient enfin de rappeler que la déclaration du titulaire de droit indiquant que son brevet est essentiel n'a qu'une valeur déclarative et ne signifie aucunement qu'il répond effectivement aux conditions posées par les lignes directrices[2176].

---

de l'innovation », précité, n°474 et son rappel du « *processus dynamique du marché* » et J. Lerner et J. Tirole, « Efficient patent *pool*s », 3 Septembre 2003, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://publications.ut-capitole.fr/1195/1/patent_*pool*s.pdf

[2171] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 252

[2172] *Ibid.*.

[2173] *Ibid.*., pt 251, définition identique dans les lignes directrices de 2004, pt 216

[2174] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 252

[2175] https://fr.wikipedia.org/wiki/LTE_(r%C3%A9seaux_mobiles)

[2176] *Ibid.*., pt 252

470. La complémentarité des brevets. Deux brevets sont des « compléments »[2177] lorsqu'ils sont tous deux nécessaires pour fabriquer le produit ou réaliser le processus[2178]. En conséquence, deux brevets essentiels à la mise en œuvre d'une technologie sont nécessairement complémentaires. Il est parfois délicat de distinguer entre compléments et substituts dans la mesure où certaines technologies sont, pour partie, des substituts et, pour partie, des compléments. En d'autres termes, un brevet peut porter, à la fois, sur un élément fondamental de la technologie et sur une caractéristique pour laquelle des alternatives existent. L'appréciation des conséquences concurrentielles d'un *pool* mêlant ces types de brevets est alors fonction de multiples facteurs dont les gains d'efficacité produits par l'intégration dans le *pool*[2179] qui deviennent alors déterminants.

471. Les conséquences concurrentielles d'un *pool* de brevets. Il est possible d'établir trois catégories de regroupements de technologies selon la nature des brevets intégrés. Les deux premiers types visent des cas « *extrêmes* »[2180] : il s'agit de *pool*s composés exclusivement, soit de brevets essentiels, soit de substituts. Il ne fait guère de doute qu'un regroupement entièrement composé de substituts sera constitutif d'une entente prohibée par l'article 101TFUE, car il aboutirait à une diminution de la concurrence, les preneurs de licences ne pouvant profiter de la rivalité entre les technologies[2181]. Les licenciés paieraient ainsi une redevance pour plusieurs brevets alors même qu'un seul serait suffisant pour mettre en œuvre la technologie et le cas échéant la norme[2182]. Au-delà d'un simple renchérissement du coût de la licence, l'inclusion de technologie de substitution dans un *pool* de brevets peut déboucher sur « *un accord de fixation des prix entre concurrents* »[2183]. Cette précision explicite les risques emportés par la constitution de tels groupements d'une atteinte à la concurrence par les prix[2184].

[2177] *Ibid.*., pt 251
[2178] *Ibid.*.
[2179] Voir *infra*
[2180] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°469 et 471
[2181] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 253. Un auteur précise même que de tels regroupements constituent un « *subterfuge pour vendre conjointement des technologies qui seraient normalement concurrentes* » cf L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°473
[2182] F. Lévêque et Y. Ménière, « Technology Standards, Patents and Antitrust », Competition and Regulation in Network Industries, Volume 9 (2008), n°1, p.29
[2183] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 255
[2184] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°462 ; J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité

Les regroupements de substituts peuvent en outre porter atteinte à la concurrence par l'innovation[2185]. D'une part, si le *pool* comprend des brevets non valides, il contraint les preneurs à payer des redevances prenant en considération ces brevets, donc d'un montant plus élevé, et il limite l'innovation dans le domaine couvert par le brevet dont l'existence devrait être remise en cause[2186]. L'intégration de titres à la validité douteuse dans un groupement diminue l'incitation des licenciés potentiels à remettre en cause l'existence de ces brevets. Si la redevance couvre un « paquet » de brevets, ils ne seront pas incités à intenter une action dont les effets sur la redevance globale requise seraient marginaux[2187]. D'autre part, lorsque les regroupements de technologies portent sur une norme, ils peuvent avoir un impact négatif sur l'innovation en excluant les autres technologies du marché[2188] : les utilisateurs de la norme bénéficiant d'une autorisation d'exploitation du *pool* de brevets n'auront pas de raison de rechercher l'autorisation d'exploiter une technologie équivalente hors du *pool*[2189]. La norme aboutit à figer les technologies la concernant et il peut être difficile pour des technologies nouvelles ou améliorées de pénétrer le marché[2190]. Dans ces conditions, une exemption sur le fondement de l'article 101§3 TFUE paraît plus qu'improbable[2191].

A l'inverse, lorsque le *pool* est composé exclusivement de brevets essentiels et complémentaires, le regroupement de technologies engendre une réduction des coûts de transaction et des redevances globales plus faibles que la somme des redevances qui seraient individuellement réclamées[2192]. Comme il est composé exclusivement de technologies essentielles, il ne peut restreindre la concurrence car il « *n'existe tout simplement pas d'application concurrente* » [2193]. Ce type de groupement est donc présumé ne pas porter atteinte à l'article 101§1 TFUE quelle que soit la position des parties sur le marché[2194].

[2185] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°462

[2186] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 272

[2187] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°462

[2188] Affectant ainsi la concurrence dynamique cf J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité

[2189] *Ibid.*.

[2190] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 246

[2191] *Ibid.*., pt 255

[2192] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 255

[2193] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°472

[2194] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 27 avril 2004, précitées, pt 220 ; voir également H. Ullrich, « *Pool*s de brevets : problèmes et implications politiques », Prop Int. Avril 2001 n°39, Doctrine p.164

Il ne fait guère de doute que les *pool*s composés exclusivement de brevets essentiels ou seulement de substituts sont, en réalité, des cas d'école[2195]. Le plus souvent, les regroupements de technologies mêlent compléments et substituts. L'appréciation de la portée concurrentielle est alors soumise à la prise en compte de nombreux facteurs de nature à faire pencher la balance de l'atteinte à la concurrence d'un côté ou de l'autre.

472. Les *pool*s mêlant compléments et substituts. Les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie mettent l'accent sur les signes de complémentarité entre les brevets : l'association de droits complémentaires, mêmes non essentiels, est perçue comme favorable à la concurrence car elle permet la mise à disposition complète d'une technologie[2196]. Ces indices résident, non seulement dans la liberté des membres du *pool* de concéder des licences individuellement, mais encore dans la concession fractionnée de licences pour chaque partie du *pool*. Dans ce dernier cas, le total des redevances facturées pour chaque fraction du *pool* ne devrait pas être supérieur au prix de la licence pour l'ensemble du paquet de technologies[2197]. Lorsque les parties à l'accord occupent une position importe sur le marché, il existe un risque d'exclusion des technologies tierces dès lors que le groupement porte sur des brevets complémentaires mais non essentiels[2198]. L'inclusion de brevets non essentiels dans le *pool* conduit en effet à faire payer les licenciés pour des droits dont ils n'ont peut-être pas besoin[2199] et cela les dissuadera de prendre une licence de technologie concurrente d'un substitut déjà inclus dans le groupement[2200]. En limitant ainsi les incitations à innover[2201], le *pool* est susceptible de tomber l'accord sous le coup de l'article 101 §1 TFUE. Il convient alors de proposer des licences ne comprenant pas les technologies non essentielles, qu'elles le soient *ab initio* ou par l'émergence de technologies postérieures, en contrepartie d'un montant de redevance réduit[2202] afin de limiter l'impact du *pool* sur les technologies tierces et de préserver ainsi la concurrence.

[2195] A cet égard les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies révisées en 2014 ne mentionnent plus, dans une optique pragmatique, l'hypothèse d'un groupement composé exclusivement de technologies essentielles, contrairement aux lignes directrices de 2004

[2196] A défaut de groupement, les « *preneurs chercheraient à obtenir des licences pour les deux technologies en raison des avantages économiques supplémentaires que cela pourrait leur procurer par rapport à l'utilisation d'une seule d'entre elles* » cf Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 254

[2197] *Ibid.*.

[2198] *Ibid.*., pt 262

[2199] *Ibid.*.

[2200] *Ibid.*.

[2201] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°474

[2202] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 263

La Commission détaille une liste de facteurs[2203] à prendre en considération pour apprécier la portée d'un *pool* comprenant des technologies non essentielles[2204] : l'existence de « *raisons proconcurrentielles* » de les inclure telles que les coûts élevés d'établissement de l'essentialité des droits[2205], la liberté des membres du *pool* de concéder des licences de manière indépendante, la possibilité de se voir concéder une licence pour un paquet de brevets du *pool* correspondant à une application[2206], et si cette concession s'accompagne d'une réduction du montant de la redevance. Par l'énonciation de ces critères non limitatifs, la Commission tente de donner une ligne de conduite pour concilier « *sauvegarde de la concurrence intertechnologique entre substituts technologiques* » et « *système de concession globale et centralisée de technologies complémentaires* »[2207] en mettant en exergue la nécessité d'une liberté contractuelle préservée. La distinction sur la nature des brevets au sein du *pool* donne ainsi des indications indispensables à sa qualification concurrentielle. D'autres facteurs concernant l'organisation du regroupement doivent également être pris en compte afin de d'aboutir à une analyse complète.

B/ Le risque concurrentiel résultant de l'organisation du *pool* de brevets

473. L'organisation du regroupement de technologie porte, d'une part, sur les relations entre les membres (**i**) et, d'autre part, sur les stipulations auxquelles ils sont soumis vis-à-vis des tiers (**ii**).

i) Le risque concurrentiel résultant des relations entre les membres du *pool*

S'agissant des relations « *intra-pool* », différents éléments peuvent être mis en avant dans l'objectif de préserver la concurrence.

[2203] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 264 ; voir également L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°474 et J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité

[2204] Sans pour autant préciser explicitement les cas dans lesquels les critères de l'article 101§3 TFUE seraient satisfaits : H. Ullrich, « *Pool*s de brevets : problèmes et implications politiques », Prop Int. Avril 2001 n°39, Doctrine p.164 évoquant à titre d'exemple : « *une participation suffisante des consommateurs aux gains d'efficience, le caractère indispensable du pool au regard de ses objectifs ou le fait qu'il n'élimine pas la concurrence substantielle.* »

[2205] notamment lorsque les technologies concernées sont très nombreuse

[2206] évitant ainsi de lier des technologies essentielles et non essentielles pour un produit ou un processus donné

[2207] J. Drexl, « Comment identifier des *pool*s de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », précité

474. Un regroupement ouvert. La condition d'ouverture[2208] était déjà présente dans les lignes directrices sur les accords de transfert de technologie de 2004[2209]. Elle signifie que toute partie intéressée doit pouvoir participer au regroupement de technologies. La Commission explicite cette exigence en faisant valoir que le fait de permettre à tous de prendre part au *pool* a pour conséquence une sélection des technologies « au mérite » et l'établissement d'un prix reflétant l'intérêt offert par le groupement[2210]. A l'inverse, un *pool* qui ne serait constitué que d'un groupe limité et fermé de détenteurs de brevets serait susceptible de proposer des droits dont la qualité serait moindre pour une redevance globale supérieure. Afin de garantir l'aspect ouvert du *pool*, la Commission requiert que les licences concédées soient non exclusives si les opérateurs réunis en *pool* sont en position dominante[2211]. La participation au sein du groupement de personnes aux intérêts distincts représente ainsi un facteur positif[2212] au regard du maintien de la concurrence.

475. Des échanges d'informations limitées. Afin de juguler le risque concurrentiel constitué par le *pool*, il est nécessaire que son organisation prévoit des mesures de protection adaptées aux informations sensibles des membres du groupement. Leur échange est en effet susceptible d'acquérir un caractère anticoncurrentiel[2213], notamment lorsque les membres du *pool* participent également à d'autres regroupements de technologies[2214]. Ce souci est renforcé lorsque les membres du *pool* agissent sur un marché oligopolistique où la communication de données relatives aux prix ou à la production des parties peut faciliter une collusion[2215]. En conséquence, pour que le *pool* soit exempt de critique, il apparaît nécessaire que des mesures de sécurité spécifiques soient prévues de manière à empêcher le transferts d'informations sensibles. Le recours à un tiers, expert indépendant ou organisme délivrant les licences, peut s'avérer précieux car il permet l'absence de divulgation des données relatives à la production et la vente, souvent nécessaires à l'établissement et la vérification du montant des redevances[2216].

[2208] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pts 249 et 261
[2209] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 27 avril 2004, précitées, pt 224
[2210] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 249
[2211] *Ibid.*., pt 269, la Commission assimilant les technologies regroupées et leurs détenteurs pour évoquer une position dominante ; voir également L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°476
[2212] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 169, p.140
[2213] Sur la question des échanges d'informations, voir *supra*
[2214] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 260
[2215] *Ibid.*., pt 259
[2216] *Ibid.*.

476. L'intervention d'experts. L'intervention de tiers est une question à la limite de la problématique générale des relations « *intra-pool* ». Il ne s'agit plus en effet de considérer strictement les échanges entre les parties membres du groupement mais plutôt de prendre en considération l'apport que constitue l'intervention de tiers pour des relations pacifiées à l'intérieur du *pool*. Le rôle des experts dans un regroupement de technologies réside essentiellement dans le choix des technologies incluses dans le *pool*, appliqué, le cas échéant, à une norme. En laissant cette mission complexe à des experts indépendants avec une expertise technique suffisante[2217], le groupement peut se prévaloir de l'établissement neutre et objectif des droits le constituant. L'indépendance des experts préserve, non seulement l'application de l'engagement de n'inclure que des technologies essentielles[2218], mais peut encore conduire à une concurrence accrue entre les différentes solutions technologiques disponibles[2219]. Autrement dit, le recours à des experts indépendants[2220] pour la définition des brevets devant être intégrés dans le groupement de technologies est de nature à doublement limiter le risque concurrentiel inhérent au *pool*. En mettant en concurrence les technologies avant leur intégration dans le *pool*, les experts s'assurent de ne sélectionner que des technologies essentielles avec une forte valeur-ajoutée pour les consommateurs, et en excluant les titulaires de droits de ce choix, ils assurent une neutralité nécessaire au groupement. Un auteur[2221] met en garde contre le rôle très important délégué à l'expert par la Commission à travers les lignes directrices, instrument de droit souple, en faisant valoir qu'il n'est pas certain, au regard de la jurisprudence Microsoft[2222], qu'une telle délégation soit possible et qu'elle ne pourrait donc être intégrée « *dans un règlement d'exemption, bénéficiant d'une valeur juridique contraignante* »[2223]. Nous sommes réservés sur cette interprétation. Outre le fait qu'en tout état de cause, les regroupements de technologies ne peuvent faire l'objet d'un règlement d'exemption[2224], il ne nous semble pas que la Commission « *délègue* » un quelconque pouvoir à l'expert dans le cadre de regroupement de technologies. Ce n'est pas la

[2217] *Ibid.*., pt 257
[2218] *Ibid.*., pt 256
[2219] *Ibid.*.
[2220] Etant précisé que l'indépendance des expertes est appréciée strictement : « *S'ils sont liés aux donneurs (ou à l'activité de concession du regroupement) ou dépendants d'eux, un poids moins important sera accordé à leur participation* » cf Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 257
[2221] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°478
[2222] TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft c/ Commission, précité
[2223] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°478
[2224] En l'état de la règlementation européenne, voir *supra*

Commission qui décide de la composition du *pool,* mais les parties membres de l'accord. Au contraire, en encourageant le recours à un tiers par les membres du groupement, la Commission invite ceux-ci à s'assurer en amont de l'exploitation du *pool* qu'il s'inscrit dans l'objectif de préservation de la concurrence et des gains d'efficience pour les consommateurs. A cet égard, malgré la difficulté de cette question, il serait souhaitable qu'un contrôle de l'essentialité des brevets ait lieu, non seulement lors de la création du groupement, mais également, régulièrement, au cours de son exploitation. L'exigence d'indépendance des acteurs de nature à limiter les risques concurrentiels du *pool* se retrouve enfin dans le recours à des mécanismes de règlement des litiges faisant intervenir des personnes extérieures au groupement et aux parties membres de l'accord[2225]. Le risque concurrentiel du *pool* peut être jugulé pour partie par son organisation. Toute menace ne peut toutefois être écartée si les stipulations imposées aux membres du groupement font primer leur intérêt particulier au détriment de la concurrence en général. Il importe dans ces conditions d'examiner les conséquences concurrentielles résultant des stipulations imposées aux brevetés et aux licenciés dans le cadre d'un *pool*.

ii) Le risque concurrentiel résultant des stipulations imposées à l'occasion du *pool*

477. Une fois examinées les conditions d'organisation du *pool* de brevets, il importe de préciser l'effet sur la concurrence que sont susceptibles d'avoir les stipulations auxquelles sont soumis les opérateurs en relation avec le groupement. Cela se traduit concrètement par l'examen des clauses des licences conclues entre les membres du *pool* ainsi que les licences concédées aux tiers. Dans cette analyse, la Commission prend en compte la position des parties : plus la position des parties à l'accord de regroupement est forte, plus le risque d'effets anticoncurrentiels est élevé[2226].

478. Les clauses conclues entre membres du *pool*. Il est important pour la sauvegarde de la concurrence que l'accord de regroupement ne limite pas l'accès à des technologies tierces. Les lignes directrices sur les accords de technologies prévoient explicitement que les accords constitutifs de *pool*s ne doivent pas exclure indument des technologies qui appartiendraient à

[2225] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 258
[2226] *Ibid.*, pt 267 a)

des tiers, ou restreindre la création d'autres groupements[2227]. Les membres du *pool* doivent également pouvoir obtenir ou concéder des licences à l'extérieur du groupement[2228], ainsi que négocier et fixer librement le montant des redevances[2229], sous réserve d'un engagement « FRAND »[2230] consenti préalablement. Dans le cas d'une norme, le montant des redevances et la part correspondant à chacune des technologies peuvent être déterminés avant l'adoption de la norme afin d'éviter toute manœuvre frauduleuse[2231]. Au-delà de l'aspect strictement financier, les parties doivent conserver une certaine liberté dans la gestion de leurs droits. En conséquence, doivent être écartées les stipulations restreignant leur liberté de participer à l'élaboration de normes ou de produits concurrents[2232], notamment par le biais de clauses de non-concurrence[2233]. De la même manière, les clauses de rétrocession, doivent être non exclusives et circonscrites aux développements nécessaires pour l'utilisation des technologies groupées dans le *pool*[2234]. En effet, des clauses exclusives aboutiraient au « verrouillage de l'innovation »[2235] au profit des membres du groupement, tandis que des rétrocessions non exclusives mais portant sur toutes les perfectionnements réalisés par le preneur, y compris ceux non nécessaires à l'usage de la technologie limiteraient avusivement sa capacité d'innovation. Il est nécessaire que la liberté des preneurs soit préservée, afin que l'accord ne diminue pas l'innovation.

479. Les clauses imposées aux preneurs par les membres du *pool*. Il importe que la concession de licences de brevets issus du *pool* ne se fasse pas de manière discriminatoire[2236] : la Commission insiste sur les risque d'une atteinte à la concurrence dans le cas où les parties ayant une position forte sur le marché, la décision serait prise de ne pas concéder de licences à toute personne qui en ferait la demande ou de proposer une concession à des conditions

[2227] *Ibid..,* pt 267 c)
[2228] L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°476
[2229] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 268 ; voir également [2229] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 168, p.139
[2230] Fair Reasonnable and Non Discriminatory, voir *supra*
[2231] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 268 ; voir également L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°476
[2232] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 270
[2233] *Ibid..*
[2234] *Ibid..*, pt 271 ; voir également L. Leblond, « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », précité, n°476
[2235] J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », éd. Bruylant 2012, n°919 à 922, p.519-520
[2236] J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », précité, n°914 p.517

discriminatoires[2237]. A cet égard, le fait que certains licenciés potentiels soient également donneurs de licence ne devrait pas être pris en compte dans les conditions d'octroi de la licence[2238]. S'agissant des clauses directement relatives au comportement des preneurs, elles ne doivent pas dicter leur conduite, qu'il s'agisse de la fixation de prix imposés[2239], ou de l'interdiction de contester la validité des brevets concédés[2240]. Dans ce dernier cas, il importe que les risques encourus par le licencié soient limités : la clause prévoyant la résiliation de la licence en cas de contestation doit être cantonnée aux technologies dont la validité est controversée[2241].

Il résulte de ce qui précède que la liberté contractuelle est le fondement des accords de regroupements de technologies. Elle doit dicter, non seulement sa constitution, mais également sa mise en œuvre, dans l'objectif de préserver la concurrence, la liberté d'entreprendre et l'innovation.

480. Conclusion du Chapitre. « *Par leurs fonctions organisationnelles et informationnelles, les normes techniques sont source de diffusion de savoirs techniques et technologiques, supports du processus d'innovation. En limitant l'asymétrie d'information, sur la qualité notamment, elles permettent une meilleure coordination entre l'offre et la demande sur le marché* »[2242]. La divulgation de l'information protégée à travers la normalisation apparaît comme une source de développement des libertés économiques. En permettant une meilleure connaissance du marché, une interopérabilité renforcée et un accès facilité aux droits de propriété intellectuelle compris dans la norme, ce mécanisme porte en lui de véritables atouts pour la concurrence.

Tout comme le système des *pools* de brevet auquel elle est profondément liée, la normalisation se fonde sur la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre des parties qui choisissent de conclure un accord de nature à encadrer la divulgation de leurs informations protégées dans l'objectif de simplifier et d'encourager son usage. Les règles qui régissent la constitution de normes ou l'établissement de regroupements de technologies ont en commun

[2237] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 267 b)
[2238] *Ibid.*., pt 269
[2239] Les preneurs doivent rester libres de fixer le prix des produits fabriqués sous licence cf Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 268
[2240] Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies du 28 mars 2014, précitées, pt 272
[2241] C. Maréchal, « Concurrence et propriété intellectuelle », précité, pt 168, p.140
[2242] D. Wolff, « Economie de l'innovation : le rôle des normes techniques et des brevets », Vie & sciences de l'entreprise, 2010/1 N° 183-184, p. 56-70.

l'exigence d'ouverture et d'un accès à des conditions « FRAND ». Ces impératifs ont pour vocation de juguler les risques concurrentiels[2243] engendrés par la composition d'accords entre entreprises, le plus souvent concurrentes. Afin d'éviter tout reproche au regard de l'article 101 paragraphe 1 TFUE, les parties sont invitées à respecter deux éléments fondamentaux : les accords doivent viser des brevets essentiels et leur exploitation doit être soumise au respect des modalités dites « FRAND ».

Si la normalisation ne semble pas devoir connaître une diminution de son intérêt, il n'en va pas de même de certains *pools* de brevet dont le succès pourrait s'amoindrir[2244]. Se pose alors la question d'une autre voie où la divulgation en elle-même pourrait être, à la fois, source de protection et facteur de renforcement des libertés économiques.

[2243] Par les prix et par l'innovation

[2244] I. Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », Revue internationale de droit économique, 2008/1 t. XXII, 1, p. 47-65 : « *Même si certains patent pools ont connu et connaissent encore un succès certain (voir MPEG2 ou DVD Forum) ayant permis une bonne diffusion des innovations via un règlement de la PI acceptable et accepté par les protagonistes de ces secteurs, on s'aperçoit que ceci est loin d'être le cas pour les plates-formes créées autour de la 3G.* »

CHAPITRE 2
LE RENOUVELLEMENT DES LIBERTES ECONOMIQUES PAR LA DIVULGATION DE L'INFORMATION PROTEGEE

481. L'*open innovation,* ou « innovation ouverte »[2245], est un concept formalisé pour la première fois par le professeur Henry Chesbrough[2246] en 2003 qui peut se résumer comme la mise en œuvre conjointe de résultats de recherche internes et externes à l'entreprise. Cette proposition s'oppose à une « innovation fermée », qui serait conçue et appliquée exclusivement au sein d'une même entreprise, c'est-à-dire dont l'ensemble de la chaine de valeur serait supportée en interne[2247]. Un premier reproche a été fait à cette dichotomie, tenant à la rareté des hypothèses de recherche et de développement strictement interne[2248]. Une seconde critique concerne l'ancienneté des pratiques évoquées sous le vocable d'*open innovation* : si le terme était nouveau en 2003, il ne visait pas pour autant un phénomène récent. A titre d'exemple, dès la fin du XVIIIème siècle, les entrepreneurs des soieries lyonnaises confiaient à leurs dessinateurs l'élaboration des motifs des tissus en étroite relation avec leurs clients les plus importants[2249]. La collaboration ne s'arrêtait pas là. Les dessinateurs préparaient également les chaines et trames des métiers à tisser avec l'assistance d'un ouvrier et d'une « *liseuse spécialement chargée de transférer le dessin du papier au métier* »[2250] conduisant à des évolutions techniques majeures des matériels utilisés[2251]. A cet égard, une

[2245] dite encore « innovation collaborative »

[2246] H.W. Chesbrough et J.S. Brown, « Open innovation : the new imperative for creating and profiting from technology », Harvard Business School Press, Boston, 2003. *Open innovation is "a paradigm that assumes that firms can and should use external ideas as well as internal ideas, and internal and external paths to market, as the firms look to advance their technology"*

[2247] A. Steiner, « Elaboration et mise en œuvre d'un modèle organisationnel favorisant l'Open Innovation : Contribution à l'innovation collaborative », thèse sous la direction conjointe de L. Morel et de M. Camargo, soutenue le 26 septembre 2014 à l'université de Lorraine, p.39

[2248] A cet égard, l'exemple de la société Michelin, longtemps réputée pour sa recherche interne dominée par le secret, amenée à faire évoluer ses pratiques afin de conserver son avance technologique cf D. Miraton, « Comment Michelin a ouvert son innovation », Le journal de l'école de Paris du management, 2013/1 N° 99, p. 37

[2249] C. Poni, D. Gervais et P. Gervais, « Mode et innovation : les stratégies des marchands en soie de Lyon au XVIIIe siècle », Revue d'histoire moderne et contemporaine, tome 45 N°3, Juillet-septembre 1998. Acteurs et pratiques du commerce dans l'Europe moderne, p. 589, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.persee.fr/doc/rhmc_0048-8003_1998_num_45_3_1926 , p.616-617

[2250] *Ibid.*.

[2251] C. Poni, D. Gervais et P. Gervais, « Mode et innovation : les stratégies des marchands en soie de Lyon au XVIIIe siècle », précité, évoquent à titre d'exemple, « *Baptiste Falcon qui, en exploitant une idée de Basile Bouchon, appliqua au métier les fiches perforées qui permettaient à la machine de garder en mémoire le dessin et qui transmettaient les impulsions mécaniques pour transposer le dessin sur l'étoffe ; Jacques Vaucanson à qui est attribuée l'invention du métier automatique, et Joseph-Marie Jacquard, qui conclut de manière géniale une longue période d'innovations avec le métier qui porte son nom et qui est déjà (mais le métier de Falcon l'était aussi dans sa conception) le précurseur de la machine à contrôle numérique et des robots qui caractérisent aujourd'hui la production flexible. Les dessinateurs eux-mêmes participaient en première ligne à l'effort innovateur, surtout pour offrir à la différenciation du produit des supports de flexibilité adéquate au niveau*

prime était accordée à l'inventeur d'un nouveau procédé en échange de la libre circulation de l'invention, le montant de la prime dépendant de la participation de l'inventeur à la diffusion de l'invention[2252]. Enfin, les dessinateurs retournaient à Paris pour vérifier les réactions du marché après le lancement de nouveaux motifs[2253]. L'innovation collaborative existe donc depuis fort longtemps.

482. Sa conceptualisation relativement récente s'accompagne toutefois d'une clarification des processus utilisés à l'époque contemporaine. Deux mouvements, susceptibles d'être associés, caractérisent l'innovation collaborative : le premier vise l'internalisation des informations (« *outside-in* ») faisant intervenir notamment, à l'instar des marchands de soie lyonnais, les fournisseurs et consommateurs dans le développement de nouveaux produits[2254] afin de bénéficier d'un avantage compétitif[2255], tandis que le second (« *inside-out* ») prône la valorisation des résultats de la recherche[2256] interne, soit directement, soit par le biais de licence si l'opérateur ne dispose pas des moyens suffisants ou de la volonté d'exploiter lesdits résultats[2257]. Les deux phénomènes peuvent se combiner à travers la création de joint-venture

---

technologique. En 1770 (peut-être même avant), Philippe Delasalle, grand dessinateur et grand entrepreneur, un mécanisme permettant de remplacer un dessin par un autre sans démonter le métier afin de répondre avec rapidité aux commandes des clients. L'opération de substitution jusqu'alors coûteuse, pénible et lente — il fallait détruire le dessin précédent pour pouvoir en monter un autre — devint, si l'on en croit Delasalle, l'affaire d'un instant. »

[2252] D. Foray et J.-B. Zimmermann, « L'économie du logiciel libre - Organisation coopérative et incitation à l'innovation », Revue économique, 2001/7 Vol. 52, p. 77

[2253] *Ibid.*.

[2254] A. Steiner, « Elaboration et mise en œuvre d'un modèle organisationnel favorisant l'Open Innovation : Contribution à l'innovation collaborative », précité, p.40 ; voir également l'exemple d'Intel qui finance la recherche universitaire sans préciser d'objectif ou de domaine de recherche mais en requérant une licence à titre gratuit de tout brevet qui résulterait de ladite recherche cf H. H. Bronwyn, « Open Innovation and Intellectual Property Rights – The Two-edged Sword », University of California at Berkeley, USA, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://eml.berkeley.edu/~bhhall/papers/BHH09_IPR_openinnovation.pdf

[2255] A. P. Vilas Boas Viveiros Lopes et M. Monteiro de Carvalho, "Evolution of the open innovation paradigm : Towards a contingent conceptual model", Technological Forecasting & Social Change, 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://doi.org/10.1016/j.techfore.2018.02.014

[2256] *Ibid..,* p.41 ; voir également OCDE, « Open Innovation in Global Networks », 2008, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.oecd.org/sti/sci-tech/openinnovationinglobalnetworks.htm : « *Innovation is based on knowledge assets outside the company and cooperation is a way to source knowlledge in order to generate new ideas et bring them quickly to market. At the same time companies exploit their own ideas as weel as innovations of others entities, with academics research occupying a major place. Companies spin out internally developed technologies et intellectual property that are not part of their core business et thus better developed et commercialized by others. ... Companies' boundaries are becoming a semi permeable membrane that enables innovation to move more easily between the external environment and the companies internal innovation process.* »

[2257] Remplissant un objectif social d'« *amélioration du processus d'innovation* », sauf à ce que la divulgation d'informations protégées aboutisse à une surveillance du marché pour lutter contre l'émergence d'innovation de rupture, de nature à affaiblir la concurrence cf T. Isckia et D. Lescop, « Une analyse critique des fondements de l'innovation ouverte », Revue française de gestion, 2011/1 n° 210, p. 87

ou d'accords de partenariat[2258]. Dans ce cadre, les projets d'innovation collaborative sont, soit bipartites entre deux entreprises ou une entreprise et un organisme de recherche, soit multipartites au sein d'un consortium soutenu par un pôle de compétitivité ou en réponse à un appel à projet d'un organisme public de soutien financier tel que Bpifrance ou le programme H2020 de la Commission européenne, etc…[2259].

483. L'*open innovation* met en exergue l'importance stratégique des droits de propriété intellectuelle d'un agent économique[2260] et aboutit à la maximisation de leur valorisation. D'une part, l'opérateur est invité à conclure des contrats de licence, de partenariat ou de transfert de technologie[2261] afin d'accélérer ses efforts et ses résultats de recherche. D'autre part, l'*Open innovation* se comprend comme une incitation à concéder des licences sur les droits de son portefeuille non exploités en interne, afin de percevoir des redevances relatives à ces actifs. Il en résulte que le caractère « ouvert » de l'innovation ne signifie en aucun cas une gratuité de la mise à disposition des informations protégées.

La décision de mettre en œuvre, ou non, une innovation ouverte est un choix dynamique[2262]. Tant l'évolution vers davantage d'ouverture[2263] que le phénomène inverse[2264] se recentrant vers une concentration des informations protégées en interne sont susceptibles de se rencontrer. Plusieurs facteurs, tenant à la fois au marché[2265] et à l'entreprise[2266], influencent l'option retenue par l'entreprise. C'est dans ce contexte d'économie collaborative à l'origine

[2258] *Ibid..,* p.42
[2259] Guide pratique de l'Usine du Futur – Enjeux et panorama de solutions, 26 février 2016 p.70
[2260] C. Ayerbe et V. Chanal, « Quel management des DPI dans les business models ouverts ? », Revue française de gestion, 2011/1 n° 210, p. 99
[2261] Sur la divulgation de l'information protégée dans le cadre de ces contrats, voir *supra*
[2262] M. M. Appleyard et H. W. Chesbrough, « The dynamics of open strategy: from adoption to reversion », Long Range Planning 50 (2017) 310 ; Voir également J. Hautz, D. Seidl et R. Whittington, "Open strategy: Dimensions, Dilemmas, Dynamics", Long Range Planning 50 (2017) 298
[2263] Voir à titre d'exemple le lancement du navigateur Mozilla par Netscape en réponse à la prédominance, à l'époque, du navigateur de Microsoft, Internet explorer, exemple cité par M. M. Appleyard et H. W. Chesbrough, « The dynamics of open strategy: from adoption to reversion », Long Range Planning 50 (2017) 310
[2264] A cet égard, le logiciel d'exploitation Android et la liseuse d'Amazon Kindle, tous deux initialement pensés comme ouverts, sont aujourd'hui davantage appréhendés comme des systèmes fermés, exemples cités par M. M. Appleyard et H. W. Chesbrough, « The dynamics of open strategy : from adoption to reversion », précité
[2265] Tels qu'une capacité technologique interne suffisante, l'absence de besoin de renforcement de l'écosystème, les relations avec les utilisateurs, la perte d'intérêt, et le succès de l'initiative ouverte qui est ensuite acquise puis fermée cf M. M. Appleyard et H. W. Chesbrough, « The dynamics of open strategy: from adoption to reversion », précité
[2266] Tels que la diminution de nouveaux consommateurs qui réduit les bénéfices d'un système ouvert (« *The strategic emphasis shifts from value creation to value capture* ») et la stabilité de la production cf consommateurs cf M. M. Appleyard et H. W. Chesbrough, « The dynamics of open strategy: from adoption to reversion », précité

d'une circulation accrue de l'information[2267] que doivent être appréciés des modes novateurs de divulgation de l'information protégée par le droit d'auteur (**Section I**) ou par un brevet (**Section II**), au bénéfice de libertés économiques renouvelées.

Section I – Le renouvellement des libertés économiques *via* la divulgation originale de l'information protégée par le droit d'auteur

484. Le droit d'auteur comporte divers attributs, patrimoniaux et moraux. Le droit de divulgation[2268], c'est-à-dire le droit de décider de rendre publique une œuvre, fait partie des droits moraux de l'auteur, perpétuels, inaliénables et imprescriptibles[2269]. Les conséquences de ce droit ont pris une acuité particulière avec la protection par le droit d'auteur du logiciel, dont l'exploitation ne nécessite pas la transmission du code source à l'utilisateur. En réponse à cette situation, une divulgation innovante par le contrat s'est fait jour (**§1**). La volonté de divulgation de l'information protégée par le droit d'auteur s'étend également au domaine scientifique par la mise en œuvre de modes inédits d'accès aux publications (**§2**).

§ 1 – Du logiciel à l'œuvre, la divulgation originale par le contrat

485. L'importance de la divulgation de l'information protégée a, en premier lieu, été mise en exergue dans le secteur informatique par la consécration contractuelle d'une volonté d'ouverture (**A**). Suivant la voie ouverte, d'autres propositions de licence dans les domaines créatifs (**B**) sont venues renforcer l'édifice construit en faveur de la divulgation de l'information protégée au service de l'innovation et de la diffusion du savoir.

A/ L'ouverture du logiciel ou la consécration contractuelle de la divulgation de l'information protégée

486. Logiciel et information protégée. Le logiciel est défini par l'arrêté du 22 décembre 1981[2270] comme « *l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatif au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données* ». Cette

[2267] M. Malaurie-Vignal, « L'économie collaborative ou les métamorphoses du capitalisme ? », ccc n° 5, Mai 2016, repère 5
[2268] Article L121-2 du CPI
[2269] Ch. Caron, « Droit d'auteur et droits voisins », éd. LexisNexis 2017, 5ème éd.,n°252 et suivants p.227 et suivantes
[2270] JORF du 17 janvier 1982, numéro complémentaire p. 624

définition succincte ne permet pas de rendre compte des différentes étapes de conception d'un logiciel[2271], mais elle détermine l'objet de la protection encadré précisément par l'article L.112-2 13° du code de la propriété intellectuelle comme le matériel de conception préparatoire et le logiciel proprement dit. La protection est assurée en France par le droit d'auteur depuis la loi du 3 juillet 1985 qui a ajouté les logiciels à la liste des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées. Ce mode de protection a également été consacré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1986 qui retient, dans un attendu de principe, qu'un « *logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par la loi sur le droit d'auteur* »[2272]. L'insertion des logiciels dans le champ du droit d'auteur n'a pu cependant avoir lieu qu'au prix de quelques contorsions, le régime du droit d'auteur applicable ayant été adapté à ses particularités[2273]. Au niveau régional, la directive n°91/250 du 14 mai 1991[2274], désormais codifiée par la directive n°2009/24 du 23 avril 2009[2275], a également retenu la protection des « programmes d'ordinateur » par le droit d'auteur en tant « qu'œuvres littéraires »[2276]. Au niveau international, l'article 4 du traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur préconise une solution identique[2277]. Si la protection du logiciel par le droit d'auteur ne fait pas de doute, il convient de signaler que d'autres systèmes juridiques, en particulier aux Etats-Unis, acceptent que les logiciels fassent également l'objet de brevet. Cette option est en revanche exclue par le droit français des brevets[2278] et par la convention sur le brevet européen[2279]. En tout état de cause, le logiciel confère à son titulaire un avantage concurrentiel résultant de la détention et de la

[2271] Ch. Caron, « Droit d'auteur et droits voisins », éd. LexisNexis 2017, 5ème éd.,n°176 et suivants, p.150 et suivantes : phase d' « *analyse fonctionnelle* » permettant de « *de décrire les étapes qui permettent de parvenir à la solution d'un besoin précis* » à l'aide de la rédaction d'un cahier des charges et la réalisation d'algorithmes, suivie de la phase d' « *analyse organique* » ayant pour objet l'élaboration de « l*'organigramme* » du logiciel aboutissant ensuite à la phase de programmation proprement dite traduisant l'organigramme dans un langage informatique (code source) devant par la suite être transcrit en langage binaire par le biais de compilateurs (code objet) afin qu'il soit lisible par un ordinateur

[2272] Ass Plen 7 mars 1986, Atari, D. 1986 jurisprudence p.405, note Edelman, JcpG 1986 II 20631 note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, RTDCom 1986 p.399 note A. Françon

[2273] Ch. Caron, « Droit d'auteur et droits voisins », précité, n°177, p.152

[2274] Directive n°91/250 du 14 mai 1991 – ref à compléter

[2275] Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

[2276] Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, article 1 1) : « 1. Conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'oeuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques. Le terme « programme d'ordinateur », aux fins de la présente directive, comprend le matériel de conception préparatoire. »

[2277] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté á Genève le 20 décembre 1996 article 4 « Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la Convention de Berne. La protection prévue s'applique aux programmes d'ordinateur quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression »

[2278] Article L.611-10 2) c/ du CPI

[2279] Article 52 2) c/ de la CBE

faculté d'exploitation d'un programme inconnu de tiers. Il peut en ce sens être appréhendé comme constituant une information protégée au sens de notre étude, c'est-à-dire une information, objet dans le cas présent d'une protection légale, conférant un avantage concurrentiel à son détenteur[2280].

487. Logiciel et divulgation. La caractéristique de la propriété intellectuelle est de conférer un droit exclusif en contrepartie de la divulgation de l'objet dudit droit[2281]. Il en va de la fonction « sociale »[2282] de la propriété intellectuelle. A cet égard, le droit d'auteur fait figure d'exception dans la mesure où la protection de l'œuvre existe dès sa création, indépendamment de sa divulgation. Toutefois, l'exercice des prérogatives de l'auteur vis-à-vis des tiers, qu'elles soient morales (droit de paternité[2283], droit au respect de l'œuvre[2284], droit de repentir ou de retrait[2285]) ou patrimoniales (droit de reproduction[2286] et de représentation[2287]) nécessite que son droit de divulgation[2288] ait été exercé en premier lieu. La divulgation apparaît concrètement comme le corollaire indispensable du droit exclusif conféré. Une particularité naît à ce propos concernant le logiciel. Dans la mesure où sa mise en œuvre transite par sa traduction en code objet appliqué par l'ordinateur, l'utilisateur du logiciel n'a pas connaissance du programme dans sa version « littéraire », c'est-à-dire le code source écrit en langage de programmation. Il en résulte que l'application des droits d'auteur se fait sans que l'œuvre-logiciel soit divulguée[2289]. Poussant la spécificité du logiciel à son paroxysme, les titulaires conservent secret le code source, pourtant déjà protégé par le droit d'auteur. Un auteur qualifie même le code source comme un savoir-faire qu'il conviendrait de garder secret[2290]. Le logiciel bénéficie dans ce cas d'une double protection qui exclut sa divulgation[2291], contrepartie sociale pourtant essentielle. C'est en réaction à ce phénomène

[2280] Voir *supra* n°8
[2281] S. Lemarchand, O. Fréget et F. Sardin, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », Prop. Int. n°6 Janvier 2003, Doctrine p.11
[2282] T. Isckia et D. Lescop, « Une analyse critique des fondements de l'innovation ouverte », Revue française de gestion, 2011/1 n° 210, p. 87
[2283] Article L.121-1 du CPI
[2284] *Ibid.*.
[2285] Article L.121-4 du CPI
[2286] Article L.122-3 du CPI
[2287] Article L.122-2 du CPI
[2288] Article L.121-4 du CPI
[2289] D. Foray et J.-B. Zimmermann, « L'économie du logiciel libre - Organisation coopérative et incitation à l'innovation », précité
[2290] J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », précité, n°276 p.153
[2291] S. Lemarchand, O. Fréget et F. Sardin, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », précité

que Monsieur Richard Stallman, alors programmeur au MIT[2292], initia la création du logiciel libre, proposition aussi idéologique que pratique. Popularisant l'expression « *copyleft* » de Monsieur Don Hopkins[2293], il est la figure de proue du mouvement prônant l'ouverture des logiciels. Sous l'égide de la Free Software Fondation[2294] créée le 4 octobre 1985, il propose une application inédite du *copyright* pour renforcer la divulgation et l'exploitation des logiciels. C'est en usant de la liberté contractuelle qu'est rendue possible la conclusion de licences dites « libres » prévoyant expressément la mise à disposition du code source du logiciel ainsi que des conditions d'utilisation élargies. L'objectif affiché de ce mécanisme est la divulgation de l'information protégée du logiciel, afin de faciliter son exploitation, sa transmission et sa modification en vue de son amélioration, à rebours de la logique propriétaire qui interdit tout accès au code source du logiciel et nie toute possibilité d'évolution par des tiers. La démarche d' « ouverture » du logiciel s'inscrit ainsi dans l'ADN des licences libres qui se font vecteurs de diffusion du savoir et de la liberté d'entreprendre des opérateurs.

488. Logiciels libres et logiciels *open source*. Deux mouvements parallèles ont permis le développement des licences ouvertes[2295], sous l'égide de deux organisations distinctes : la susmentionnée *Free Software Fondatio*n (FSF) et l'*Open Source Initiative* (OSI). Se distinguent les licences libres proposées par la FSF des licences *open source* certifiées par l'OSI[2296]. Une licence libre au sens de la FSF se caractérise par la possibilité d'exercer quatre libertés fondamentales[2297] : celle d'exécuter le logiciel, celle d'étudier son fonctionnement et de l'adapter, celle de distribuer des copies et celle d'améliorer le logiciel et de divulguer ces améliorations[2298]. Les licences *open source* se veulent plus pragmatiques et, délaissant les aspects idéologiques inhérents aux licences libres, elles se caractérisent par trois droits[2299] : le droit d'accéder au code source du logiciel, le droit de l'améliorer et le droit de faire des copies

[2292] Massachusetts Institute of Technology
[2293] https://en.wikipedia.org/wiki/Don_Hopkins
[2294] https://www.fsf.org
[2295] V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pt 8
[2296] Chronique par Th. Keelaghan, « "LINUX", logiciels libres et licences », cce n° 2, Février 2002, chronique n° 6
[2297] M. Coris, « La culture du don dans la modernité - Les communautés du logiciel libre », Réseaux, 2007/1 n° 140, p. 161-191 ; J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle » - Les nouveaux monopoles de la société de l'information », éd. Bruylant, 2012, n°352, p.203
[2298] Plus qu'une liberté, la divulgation des améliorations s'assimile à un devoir de l'utilisateur d'un logiciel libre
[2299] M. Coris, « La culture du don dans la modernité - Les communautés du logiciel libre », Réseaux, 2007/1 n° 140, p. 161 ; M. Wybo et C. Bernier, « Le logiciel libre : la liberté a-t-elle un prix? », Gestion, 2007/2 Vol. 32, p. 22

et de les distribuer. Les deux initiatives ont en commun l'accès au code source, la possibilité de le modifier et de diffuser ces améliorations. En revanche, elles se distinguent fondamentalement par la portée qu'elles confèrent à l'autorisation donnée. Les licences libres obligent l'utilisateur ayant procédé à des modifications du code source, non seulement à les divulguer, mais également à les mettre à disposition dans les mêmes conditions que le logiciel originaire. C'est ce qui est dénommé la clause de « copyleft »[2300]. En d'autres termes, la licence libre « contamine » les développements postérieurs effectués sur un logiciel qui doivent être divulgués et transmis suivant les mêmes obligations que le logiciel originaire. A l'inverse, les licences *open source* ne comportent pas une telle obligation qui reste à la discrétion de l'auteur des améliorations. En conséquence, si les licences libres sont des licences *open source*, la réciproque n'est pas vraie.

489. Il existe de multiples licences ouvertes, ce qui n'est pas sans poser des difficultés lorsqu'il s'agit d'articuler leur application conjointe sur un même programme[2301]. La licence libre la plus célèbre et la plus aboutie dans la logique d'ouverture est la GNU General Public License (GNU GPL)[2302] dont la validité a été reconnue par plusieurs décisions, particulièrement en Allemagne[2303], et dont le non-respect est constitutif de contrefaçon[2304]. Cette licence constitue l'incarnation du *copyleft*. La licence GNU GPL[2305] prévoit[2306] l'application de ses stipulations à tout programme qui mettrait en œuvre une partie logicielle couverte par cette licence. Autrement dit, toute amélioration, modification, intégration d'un logiciel bénéficiant d'une licence GNU GPL emporte son application par contagion au

---

[2300] Egalement évoquée comme une « *obligation de réciprocité* » par J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », éd. Bruylant 2012, n°353, p.204

[2301] M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », Prop. Int. janvier 2008 n°26, Doctrine p.69

[2302] https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.fr.html pour la version 3 et https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html pour la version 2 qui est la plus largement utilisée

[2303] Landgericht München 19 mai 2004, n°21 O 6123/04, Welte c/ Sitecom Deutschland GmbH, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www.jbb.de/fileadmin/download/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf (en allemand), traduction anglaise disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf cité par T. Jaeger, « Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe », Jipitec n°1, 2010 p.34 ; et Landgericht Frankfur 22 septembre 2006, Welte c/ D-Link, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www.jbb.de/judgment_dc_frankfurt_gpl.pdf, cité par L. Schurr, « Logiciel libre : un panorama des évolutions jurisprudentielles et politiques publiques », rldi n°102, Mars 2014, Perspectives – dossier spécial : Logiciels libres, open source : questions d'actualité, p. 153, n°3413

[2304] Particulièrement le défaut de fourniture (en tout ou partie) du code source de toutes les versions du logiciel cf T. Jaeger, « Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe », précité

[2305] Il existe trois versions de la GNU GPL : version 1 (V1) en 1989, version 2 (V2) en 1991, version 3 (V3) en 2007

[2306] Articles 2 et 10 GNU GPL V3

programme modifié, adapté, amélioré. Tout logiciel[2307] sous licence GNU GPL ne peut être intégré à une œuvre soumise à une autre licence que si celle-ci est compatible[2308]. L'appréciation de la compatibilité diffère selon la version de la GNU GPL envisagée, étant précisé que la version V2 et la version V3 de cette licence ne sont pas compatibles entre elles[2309]. La GNU GPL est très répandue. A titre d'exemple, le logiciel Linux ou le lecteur média VLC (VidéoLan) y sont soumis[2310].

Sans nous lancer dans un inventaire de toutes les licences libres, nous pouvons également évoquer la licence EUPL (European Union Public Licence) conçue afin de faciliter le partage et la réutilisation des logiciels développés par les administrations publiques[2311], la licence *Creative Commons*[2312] « Paternité-Partage des Conditions Initiales à l'Identique » dite licence « *Share Alike* » dont l'intitulé résume les modalités, ainsi que la publication en France par le CEA, le CNRS et l'INRIA de la licence libre CeCILL sur le modèle de la GNU GPL[2313]. A l'instar des autres licences libres précitées, la licence CeCILL intègre une clause de « *copyleft* »[2314]. Elle cède néanmoins devant la GNU GPL dont les stipulations priment en cas d'application concurrente des deux licences sur un même logiciel.

490. Les logiciels *open source* sont en revanche dénués de clause de « *copyleft* ». Ils peuvent être modifiés ou intégrés à une architecture plus large, le cas échéant couverte par une licence propriétaire. Les modifications du logiciel *open source* peuvent ainsi être appropriées. A titre d'exemple, les licences Apache, BSD, MIT, Mozilla Public License 2.0, etc…[2315] ont été validées par l'OSI. Le pragmatisme revendiqué par cette organisation privilégie la divulgation de l'information protégée au profit de l'innovation, même si cela doit aboutir à une

---

[2307] Bien que cette licence puisse théoriquement s'appliquer à tout type d'œuvre, elle a été conçue pour les logiciels cf M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, 22 Juillet 2014, pt 55

[2308] Article 5 d) GNU GPL V3

[2309] https://www.gnu.org/licenses/license-list.fr.html#GPLCompatibleLicenses disponible au 5 novembre 2018

[2310] VLC est également soumis à la licence LGPL (cf https://videolan.org/legal.html), licence similaire à la GNU GPL mais avec un copyleft « amoindri » qui permet de s'affranchir du caractère « contaminant » de la licence GPL. Cependant, toute modification du code sous LGPL devra être publiée également sous LGPL, mais ce ne sera pas le cas pour le reste du logiciel qui intégrerait cet élément

[2311] Décision d'exécution (UE) 2017/863 de la Commission du 18 mai 2017 actualisant la licence logicielle open source EUPL afin de faciliter le partage et la réutilisation des logiciels développés par les administrations publiques, JOUE 19 mai 2017, L 128/59, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse https://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.128.01.0059.01.ENG&toc=OJ:L:2017:128:FULL ; voir également M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, pt 74

[2312] Pour des développements plus détaillés sur les licences *Creative Commons*, voir *infra* n°496 et suivants

[2313] www.cecill.info/licences/Licence_CeCILL_V2.1-fr.txt disponible au 5 novembre 2018 ; M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, pt 62

[2314] Article 5.3.2 CeCILL V2

[2315] Voir liste sur Open source Software Initiative : https://opensource.org/licenses disponible au 5 novembre 2018

réservation de l'information modifiée. Si la différence de philosophie entre logiciels libre et *open source* se fait ainsi flagrante, il n'en reste pas moins une unité d'intention qui réside dans la volonté de divulgation du logiciel, de son code source et des modifications qui y sont apportées. La divulgation est au cœur de la conception des licences ouvertes.

491. Licences ouvertes et liberté contractuelle. Les licences ouvertes sont fondées sur la liberté contractuelle qui permet de mettre en œuvre à travers les stipulations de la licence, la volonté d' « ouverture » et d'accès au code source revendiquée par les tenants des logiciels libres et *open source*. L'autonomie de la volonté des opérateurs n'est pas, pour autant, aussi libre que le supposerait l'adjectif choisi pour définir les logiciels en cause. Elle s'exerce davantage dans le choix du recours à un type de licence spécifique que dans le contenu du contrat lui-même[2316]. Les licences ouvertes, particulièrement les licences libres, s'analysent en des contrats d'adhésion[2317] qui ne laissent qu'une part réduite à l'autonomie de la volonté du licencié. Paradoxalement, la liberté contractuelle, qui est le fondement de la divulgation inhérente aux licences ouvertes, se trouve circonscrite par la philosophie de ces mêmes licences. La limitation est d'autant plus forte que la compatibilité entre les différentes licences est susceptible de s'avérer particulièrement complexe[2318]. Parallèlement à ces contraintes, un auteur fait valoir le renouvellement de la liberté contractuelle qui permet, par le biais des licences ouvertes, d'inscrire les conditions d'exploitation dans l'œuvre elle-même[2319]. En d'autres termes, le contrat a pour objet, non seulement le produit (le code), mais également les conditions d'utilisation qui lui sont intrinsèquement liées et sa liberté d'usage[2320]. Par ce mécanisme, c'est l'œuvre elle-même qui devient libre. A cet égard, Madame Clément-Fontaine[2321] procède à un renversement de paradigme en appréciant l'œuvre libre suivant les modalités de sa création, indépendamment de la licence susceptible d'en déterminer le régime d'exploitation. Elle la définit comme « *une œuvre évolutive à pluralité d'auteurs, car il est*

[2316] V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pt 16
[2317] *Ibid.*. ; également M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, pt 62 ; Ch. Caron, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », Dalloz 2003 p.1556
[2318] J. Gstalter, « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », précité, p.217 et suivantes
[2319] S. Dusollier, « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2015, dossier 52
[2320] *Ibid.*.
[2321] M. Clément-Fontaine, « L'œuvre libre », précité, n°324 et suivants p.194 et suivantes

possible de la copier, modifier, diffuser.et procéder à des actes commerciaux associés sans autres restrictions que celles nécessaires au respect de ces libertés »[2322].

S'agissant du contenu des contrats, d'autres interrogations surgissent relatives à la conformité des stipulations des licences, souvent conçues au regard du droit américain, avec les exigences de droit d'auteur et de droit des contrats des pays de droit civil. En particulier, les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont sujettes à discussion[2323]. Au-delà de chaque clause, une réflexion accompagne le fait qu'une licence ouverte s'applique en « étoile »[2324] : le concédant initial reste le même, mais l'objet du contrat évolue au gré des contributions des licenciés, juxtaposant une multitude de licences ouvertes. Dans ces circonstances, les conséquences d'une licence nulle[2325] au sein de ce réseau sont délicates à appréhender[2326]. Elles devraient en principe aboutir à l'impossibilité d'exploiter la partie logicielle concernée, mais se heurtent en pratique à l'identification précise de cette partie et à son éventuelle imbrication avec d'autres éléments du logiciel. La divulgation de l'information protégée *via* les licences ouvertes conduit ainsi à un renouvellement de la liberté contractuelle, tant dans sa portée que dans ses limites.

492. Logiciels ouverts et liberté d'entreprendre. Ce phénomène de renouvellement s'applique également à la liberté d'entreprendre des utilisateurs et des auteurs de logiciels ouverts. L'exploitation desdits logiciels constitue une formidable opportunité pour les entreprises. En ayant recours à des éléments logiciels de base (briques ou noyaux) ouverts, les opérateurs évitent des développements parallèles pour les mêmes fonctionnalités et bénéficient, de la sorte, de gains de temps et d'argent[2327]. L'emploi de logiciels libres s'accompagne en outre du suivi de la communauté des développeurs « experts », ce qui permet des mises à jour et des améliorations régulières, avec un souci constant de

[2322] *Ibid.*. ; sur l'œuvre libre, voir également Ch. Caron, « L'oeuvre libre confrontée à quelques aspects du droit commun des biens et du droit d'auteur », cce n°7-8 juillet-août 2018, Etude n°12
[2323] P. Gaudillère, « Licences de logiciels libres et risques juridiques », cce n° 4, Avril 2005, étude 16 ; Ch. Caron, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », précité
[2324] M. Clément-Fontaine, « L'œuvre libre », précité, n°112 p.77
n° 3073 cité par Ch. Caron, in « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », précité
[2325] Pour défaut de capacité par exemple
[2326] S. Dusollier, « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », précité
[2327] M. Clément-Fontaine, « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.164 ; M. Fitzgibbon, « Analyses outillées de la propriété intellectuelle des logiciels et traçabilité des composants tiers », rldi n°102, Mars 2014, Perspectives – dossier spécial : Logiciels libres, open source : questions d'actualité, n° 3412 p. 150

performance, d'interopérabilité, et une fiabilité renforcée[2328]. Les logiciels ouverts apparaissent comme « *l'un des moteurs de l'innovation* »[2329]. La liberté d'entreprendre des utilisateurs se trouve renforcée par l'exploitation de logiciels tiers et ouverts, au service de la capacité d'innovation des agents économiques. Ce phénomène est encore accentué dans le cas d'usage de logiciels libres où « *le potentiel économique [de la communauté de programmeurs] excède la valeur économique de la contribution individuelle et plus encore de la somme des contributions* »[2330]. Deux limites peuvent néanmoins être décelées : la première tient à la nécessaire compétence des opérateurs, soit en interne, soit *via* les services d'une société tierce, pour intégrer les développements ouverts dans ses propres logiciels, en raison de la technicité des solutions proposées. La seconde constitue le versant juridique de la première et tient à la difficulté de concilier les multiples licences – libres, *open source* ou propriétaires – applicables aux différentes briques logicielles[2331].

Par l'application du phénomène de réciprocité, les modifications apportées au logiciel ouvert sont communiquées à l'ensemble de la communauté des développeurs et des utilisateurs. Ce jeu d'interactions constantes par la divulgation de l'information protégée donne une portée élargie à la liberté d'entreprendre de chaque membre de la communauté qui bénéficie de la réputation issue de ses développements. A titre d'exemple, la renommée mondiale du lecteur média VLC est sans commune mesure avec celle de l'école Centrale Paris dont il est issu[2332]. Il en résulte pour les opérateurs la possibilité de renouveler leurs perspectives économiques, la participation à des logiciels ouverts leur permettant de rechercher « une plus forte complémentarité »[2333] ou de « déverrouiller un marché »[2334].

[2328] M. Coris, « La culture du don dans la modernité - Les communautés du logiciel libre » , Réseaux, 2007/1 n° 140, p. 161-191 ; L. Muselli, « Les modèles d'affaires des éditeurs de logiciels opensource à l'ère du-SaaS », rldi n°102, Mars 2014, Perspectives – dossier spécial : Logiciels libres, open source : questions d'actualité, n° 3411 p. 146

[2329] M.A. Delègue et a., « Droit de l'information – Libre accès, communication scientifique directe : cadres juridiques », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2010/2 Vol. 47, p. 22

[2330] M. Clément-Fontaine, « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation, précité

[2331] J. Benjamin et G. Vercken, « Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels « propriétaires » ? », Prop. Int. janvier 2012 n°42, Pratique et contrats p.106 ; M. Clément-Fontaine, « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation, précité ; M. Fitzgibbon, « Analyses outillées de la propriété intellectuelle des logiciels et traçabilité des composants tiers », précité ; B. Jean et A. Zapolsky, « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'open source » (1ère partie), Gaz. Pal. 25 octobre 2008 n° 299, p. 19

[2332] M.A. Delègue et a., « Droit de l'information – Libre accès, communication scientifique directe: cadres juridiques », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2010/2 Vol. 47, p. 22

[2333] Red Hat, IBM, exemples cites par V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, in « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pt 25

[2334] IBM, Firefox, exemples cités par V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, in « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pt 25

493. Licences ouvertes et concurrence. La question de l'impact des logiciels ouverts sur le marché est d'importance. Compte tenu de l'accès au code source et de l'absence d'exclusivité, les logiciels ouverts paraissent, de prime abord, favorables à la concurrence. Suivant les caractéristiques de la licence qui s'y rapporte, la réflexion doit toutefois être affinée. Ainsi, s'agissant d'une procédure d'appel d'offre lancé par la région Picardie pour l'attribution d'un marché relatif à l'hébergement, l'exploitation et la maintenance d'une solution libre développée par une société à laquelle le marché a finalement été attribué, le Conseil d'Etat[2335] a considéré que « *la mention du logiciel Lilie, en raison du caractère de logiciel libre que celui-ci présente et qui le rend librement et gratuitement modifiable et adaptable aux besoins de la collectivité par toute entreprise spécialisée dans l'installation de logiciels supports d'espaces numériques de travail, ne peut être regardée ni comme ayant pour effet de favoriser la société Logica qui a participé à sa conception et en est copropriétaire ni comme ayant pour effet d'éliminer des entreprises telles que les sociétés requérantes qui, tout en ayant entrepris de développer leurs propres solutions logicielles, sont spécialisées dans l'installation d'espaces numériques de travail à destination des établissements d'enseignement et disposent des compétences requises pour adapter le logiciel libre Lilie aux besoins de la région Picardie* ». En d'autres termes, les spécificités des conditions d'exploitation du logiciel libre tenant à la possibilité d'adaptation par tout utilisateur sont de nature à respecter la concurrence[2336]. A cet égard, Madame Clément-Fontaine[2337] fait valoir que la solution retenue aurait sans doute été différente si la licence couvrant le logiciel comportait une clause interdisant toute utilisation commerciale. Dans une telle hypothèse, les sociétés concurrentes de l'entreprise conceptrice du logiciel n'auraient pu déposer d'offre au marché public, du fait de l'exploitation nécessairement commerciale qu'impliquait sa mise en œuvre. L'introduction d'une clause « non commerciale » dans une licence ouverte, loin de renforcer la concurrence, peut *in fine* s'y avérer contraire.

494. La Commission s'est récemment intéressée aux implications d'un système ouvert au regard du maintien de la concurrence. Condamnant Google pour abus de position dominante

[2335] CE 30 septembre 2011, n° 350431, Région Picardie, recueil Lebon p.447 ; AJDA 2011. 1868 ; *Ibid.*. 2508, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser, n° 2011-020388 ; F. Jourdan, « Open source dans les marchés publics : la liberté d'imposer une solution libre », JCP E 2011. 1854

[2336] M. Clément-Fontaine, « L'œuvre libre », précité, n°63 p.52

[2337] M. Clément-Fontaine, « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation, précité ;

le 18 juillet 2018[2338], la Commission lui reproche notamment l'obligation faite aux constructeurs de préinstaller son moteur de recherche *Google Search* et son navigateur Chrome, ainsi que l'interdiction qui leur est parallèlement faite, par le biais d'un accord « anti-fragmentation », d'installer d'autres versions d'Android que celle de Google[2339], afin, dans les deux cas, d'obtenir une licence pour les applications propriétaires de Google[2340]. Plusieurs interrogations émergent à la lecture du communiqué de presse de la Commission[2341]. La première concerne l'appréciation de la position dominante de Google sur les systèmes d'exploitation ouverts. Android est effectivement, à l'heure actuelle, le seul système d'exploitation pour mobile qui puisse être licencié, les systèmes d'Apple et de Blackberry étant intégrés verticalement et exclus de toute possibilité de licence[2342]. Il importe toutefois de souligner que c'est justement l'ouverture de ce système qui a permis la formidable expansion des smartphones, en offrant la possibilité aux constructeurs de proposer des matériels alliés à un système d'exploitation ouvert, qu'ils peuvent de surcroît adapter à leurs exigences. A cet égard, la Commission estime que l'accord anti-fragmentation, qui a pour objectif d'assurer la compatibilité technique entre les versions d'Android[2343], n'est pas justifié[2344]. Ce faisant, la Commission semble mettre en avant la nécessité de permettre la pleine exploitation ouverte d'Android pour assurer une concurrence effective. Il reste néanmoins à déterminer si, et dans quelle mesure, l'impératif technique de non fragmentation invoqué par Google ne justifie pas l'obligation faite au constructeur d'utiliser sa version d'Android pour proposer ses

[2338] Communiqué de presse de la Commission du 18 juillet 2018, IP/18/4581 ; la dimension politique de cette condamnation est d'ailleurs discutée cf E. Le Noan et N. Petit « Amende Google : « une instrumentalisation politique du droit de la concurrence » », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/18/amende-google-une-instrumentalisation-politique-du-droit-de-la-concurrence_5333131_3232.html ; L. Kalogeropoulos, « Amende Google : « La concurrence, ce n'est pas la loi du plus fort » », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/28/amende-google-la-concurrence-ce-n-est-pas-la-loi-du-plus-fort_5336987_3232.html ; F. Martucci : « L'amende infligée à Google relève de motivations politiques » disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse, https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/25/francesco-martucci-l-amende-infligee-a-google-releve-e-motivations-politiques_5335546_3232.html ; A. Ronzano, « Aux termes d'un raisonnement anachronique, la Commission inflige une amende de4.34 milliards d'euros à Google pour avoir consolidé la position dominante de son moteur de recherche en imposant sa préinstallation sur les smartphones Android » , l'actu-concurrence hebdo, n°30/2018 du 23 juillet 2018

[2339] Versions alternatives du logiciel Android dites « *forks Android* » cf https://fr.wikipedia.org/wiki/Fork_(d%C3%A9veloppement_logiciel

[2340] dont sa boutique Google Play Store

[2341] qui trouveront sans doute pour partie leur réponse dans la décision complète de la Commission, non encore disponible le 4 novembre 2018 et dans la suite de la procédure, Google ayant fait appel de la décision de la Commission le 9 octobre 2018 devant le Tribunal (affaire T-604/18)

[2342] A. Ronzano, « Aux termes d'un raisonnement anachronique, la Commission inflige une amende de4.34 milliards d'euros à Google pour avoir consolidé la position dominante de son moteur de recherche en imposant sa préinstallation sur les smartphones Android » , l'actu-concurrence hebdo, n°30/2018 du 23 juillet 2018

[2343] Voir post de blog de S. Pichai, S. Dumoulin, « Les griefs de la Commission et les réponses du géant américain », Les Echos n°22741, p. 18

[2344] Communiqué de presse de la Commission du 18 juillet 2018, IP/18/4581

applications propriétaires, compte tenu de la complexité d'intégrer des applications à des systèmes d'exploitation distincts ainsi que de concilier des licences ouvertes et propriétaires. L'introduction des applications propriétaires de Google sur un système *fork Android* qui s'avèrerait inadapté s'effectuerait en effet au préjudice des consommateurs, de Google et *in fine*, de la concurrence.

495. L'économie des licences ouvertes. Selon les segments du marché, la part des logiciels libres et *open source* est très variable[2345] ; les *business models* sont divers, aucun ne présentant la gratuité du logiciel comme une condition de son caractère ouvert[2346]. Celle-ci est plutôt une conséquence du mode de divulgation des logiciels[2347] qui ne doit pas connaître de restriction. Une économie autour des logiciels ouverts s'est développée, consistant essentiellement en la fourniture de services[2348]. Un autre type de *business model* met en œuvre un système de double licence : un même logiciel est proposé sous une licence propriétaire et sous une licence ouverte[2349], autorisant l'opérateur à choisir l'option qui correspond à ses besoins.

La création des licences ouvertes a été une réponse apportée au besoin de proposer une alternative au verrouillage de l'information protégée dans les logiciels. Elles font désormais partie du paysage juridique et ont essaimé au-delà du domaine informatique.

[2345] V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, in « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pt 22-23 : En 2007 « 70 à 80% des serveurs web dans le monde fonctionnent grâce à des logiciels libres mais ceux-ci représentent à peine 3% du marché des systèmes d'exploitation des postes de travail personnels »

[2346] J. Pénin,, « Are You Open? An Investigation of the Concept of Openness for Knowledge and Innovation », Revue économique, Vol. 64, No. 1, Janvier 2013, p.133

[2347] M. Clément-Fontaine, « L'œuvre libre », précité, n°66-67 p.53-54 ; M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, pt 24 ; V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, in « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pt 25

[2348] *Ibid.*. ; ainsi que L. Muselli, « Les modèles d'affaires des éditeurs de logiciels opensource à l'ère du-SaaS », précité ; B. Jean et A. Zapolsky, « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'open source » (2ème partie), Gaz. Pal. 24 janvier 2009 n° 24, p. 15 ; L.-D. Benyayer et O. Mamavi, « Relation client et nouveaux Business Model dans l'open source », Question(s) de management 2016/3 (n° 14), p. 63

[2349] L. Muselli, « Les modèles d'affaires des éditeurs de logiciels opensource à l'ère du-SaaS », précité ; B. Jean et A. Zapolsky, « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'open source » (2ème partie), précité ; L. Muselli, « Le rôle des licences dans les modèles économiques des éditeurs de logiciels open source », Revue française de gestion, 2008/1 n° 181, p. 199 ; D. Benyayer et O. Mamavi, « Relation client et nouveaux Business Model dans l'open source », précité

B/ Le rayonnement de la philosophie de divulgation hors du domaine logiciel

496. Suivant le mouvement impulsé par les logiciels libres et *open source*, les acteurs de nombreux domaines ont souhaité pouvoir organiser une diffusion élargie des informations protégées dont ils étaient titulaires[2350]. S'emparant de cette problématique[2351], le professeur Lawrence Lessig est à l'origine de la création d'un système de licences fondées sur le copyright, ayant vocation à s'appliquer à tout type d'œuvres. C'est ainsi que sont nées les licences « *Creative Commons* », aujourd'hui communément utilisées pour régir la divulgation des œuvres, particulièrement sur l'Internet. Concrètement, *Creative Commons* est une organisation à but non lucratif de portée mondiale, comprenant près de quatre-vingt divisions, dites chapitres, nationales[2352]. Elle propose aux auteurs des outils juridiques sous forme de licence afin de leur permettre de divulguer leurs œuvres et d'autoriser leur reproduction par des tiers aux conditions qu'ils auront préalablement décidées et indiquées de manière compréhensible à toute personne, même non juriste par le biais de sigles définissant les droits et obligations du licencié.

497. Des œuvres et des auteurs variés. Les œuvres concernées par les licences *Creative Commons* sont de nature très variée : images (animées ou non)[2353], bases de données, rapports, contenus éditoriaux, illustrations et travaux graphiques[2354], mais également ressources pédagogiques, et musique[2355]. Il importe que ces œuvres soient protégeables par le droit d'auteur pour que les licences puissent s'appliquer. En effet, une œuvre tombée dans le domaine public ou un document ne pouvant bénéficier de la protection par le droit d'auteur, faute de satisfaire à la condition d'originalité, peuvent être utilisés librement. Il n'est alors nul

[2350] L. Maurel, « Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence », Mouvements 2014/3 (n° 79), p. 100

[2351] L. Lessig, « Future of ideas », Random House, 2001, la traduction française : « L'avenir des idées », PUL (Presse Universitaires de Lyon, 2005)

[2352] D. Bourcier et& B. B. Merhi (sous dir.), « Comprendre les licences CC 4.0 en français, une analyse commentée à l'usage des juristes francophones », mars 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : www.cersa.cnrs.fr/comprendre-les-licences-cc-4-0-en-francais-d-bourcier-b-mehri/

[2353] Pour ce qui concerne les photos, le site Flickr www.flickr.com propose de concéder une licence CC aux photos mises en lignes par son biais. En 2011, le site comptait plus de 150 millions de photos sous licence CC cf Herkko, « Creative Commons Olympics. How Big Media is Learning to License From Amateur Authors », Jipitec n°2, 2011, p.50

[2354] Agence du Patrimoine Immatériel de l'Etat (APIE), Ressource de l'immatériel, « Les licences libres – Creative Commons », septembre 2015, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/propriete_intellectuelle/publications/Licences_libres-Creative_Commons.pdf

[2355] D. Bourcier et& B. B. Merhi (sous dir.), « Comprendre les licences CC 4.0 en français, une analyse commentée à l'usage des juristes francophones », précité

besoin d'une licence, fût-elle ouverte, pour organiser sa reproduction, car il n'existe pas de titulaire disposant du droit de limiter son usage.

498. Les créateurs sont également divers et les licences *Creative Commons* s'appliquent dans des situations très différentes. Il peut s'agir de photographes amateurs divulguant leurs production[2356], comme des membres de certaines sociétés de gestion collective, tel que la SACEM en France[2357] et la Buma-Stemra aux Pays-Bas. Dans ce second cas de figure, l'opportunité est laissée aux auteurs de divulguer leurs œuvres dans un cadre non commercial. L'idée sous-jacente de cette initiative est de s'adapter aux nouveaux types de partage[2358] et de promotion non commerciale à l'ère numérique. Elle a été consacrée par l'article 5 paragraphe 3 de la directive 2014/26/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieure. Celle-ci prévoit que « *les titulaires de droits ont le droit d'octroyer des licences en vue d'utilisations non commerciales des droits, des catégories de droits ou des types d'œuvres et autres objets de leur choix* ». Cette disposition vient ainsi résoudre le dilemme des auteurs, précédemment obligés de choisir entre la participation à un système de gestion collective de droit et la possibilité de concéder des licences non-commerciales[2359]. Pour cela, la SACEM permet à ses membres d'utiliser trois licences *Creative Commons*[2360] qui ont en commun d'exclure toute utilisation commerciale, la SACEM se chargeant de recouvrer les rémunérations dues pour l'exploitation commerciale de ces œuvres. Il importe dans ces circonstances que la limite entre exploitation non commerciale et exploitation commerciale soit claire[2361], ce qui pour l'heure fait défaut[2362].

[2356] H. Herkko, « Creative Commons Olympics. How Big Media is Learning to License From Amateur Authors », précité ; pour un exposé en détail de cet exemple concernant une photo sous licence sous licence CC Attribution – Partage dans les mêmes conditions (BY – SA) réutilisée par la chaine TV américaine NBC, voir *infra* n°504

[2357] SACEM, communiqué du 16 septembre 2013 : « La SACEM et Creative Commons renouvellent leur accord » (accord signé le 9 janvier 2012), www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/derniers-communiques-2013/sacem-et-creative-commons-renouvellent-leur-accord-septembre2013 , accord toujours en vigueur

[2358] F. Meuris, « LA SACEM et la communauté du libre », cce n°10, Octobre 2013, alerte 64

[2359] A. Metzger and T. Heinemann, « The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons Licenses and the Directive on Collective Management », Jipitec n°6, 2015, p.11

[2360] Licences Paternité-Pas d'utilisation commerciale (CC BY-NC), Paternité-Pas d'utilisation commerciale-Partage à l'identique (CC BY-NC-SA) et Paternité-Pas d'utilisation commerciale-Pas de modification (CC BY-NC-ND)

[2361] A titre d'exemple, ont été considérées comme des exploitations commerciales : l'exploitation de l'œuvre par une organisation à but lucratif, l'exploitation donnant lieu à compensation financière ou autre quelle que soit la forme, la raison ou la motivation du bénéficiaire, l'exploitation en relation avec la promotion de produits ou services, l'exploitation par des entités de radiodiffusion ainsi que l'exploitation sur des lieu de travail, boutiques,

499. Les utilisateurs de licences *Creative Commons* peuvent encore être des organisations intergouvernementales. Elles y recourent afin de faciliter la divulgation de leurs rapports, études…[2363] Cette démarche bénéficie d'une licence spécifique[2364], conçue notamment en collaboration entre l'Ompi et l'OCDE. Elle autorise le public à reproduire les documents couverts par la licence sous réserve du respect de certaines conditions[2365]. L'objectif affiché est de faciliter l'accès et l'utilisation des travaux des organisations intergouvernementales pour augmenter leur impact[2366]. Eu égard à la variété des utilisateurs, le système propose concrètement, non pas une, mais plusieurs licences[2367] et trois niveaux de lecture : une explication via cryptogrammes afin que tout non juriste comprenne la portée des autorisations ou interdictions propres à chaque licence, un contrat complet, et une instruction machine reprenant les caractéristiques de la licence à accoler à l'œuvre[2368].

500. Une philosophie et de multiples adaptations. Les *Creative Commons* veulent offrir aux auteurs la possibilité de diffuser de manière élargie leurs œuvres. Relevant d'un « *changement de paradigme* »[2369], faisant prévaloir la liberté d'autoriser sur la liberté d'interdire[2370], cette démarche a pour objectif de parvenir à la création de biens communs librement reproductibles, sous réserve des conditions posées par leurs auteurs. On a pu parler à cet égard de « domaine public consenti »[2371]. Cette dénomination fait ressortir la double spécificité des *Creative Commons* : la volonté des acteurs de laisser libre l'usage de l'œuvre et leur exigence de choisir les conditions auxquelles cette utilisation est possible. Ce deuxième aspect marque également la limite de l'appellation : du fait de l'existence de multiples licences *Creative Commons,* il n'existe pas un unique domaine public contractuel. Il est intéressant de noter à

---

restaurants, etc…cf A. Metzger and T. Heinemann, « The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons Licenses and the Directive on Collective Management », précité

[2362] M. Clément-Fontaine, « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.164 ; V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007, pts 90-91

[2363] OMPI – Communiqué de presse 6 décembre 2013 : « Nouveau système de concession de licences en ligne visant à faciliter la reproduction des travaux des organisations intergouvernementales », PR/2013/750

[2364] Creative Common legal code – Attribution 3.0 IGO

[2365] Article 4 Creative Common legal code – Attribution 3.0 IGO : respect de la licence, pas de sous-licence, pas de restriction supplémentaire, pas d'atteinte à l'intégrité de l'œuvre…

[2366] Selon L. Lessig cité par l'ompi dans son communiqué de presse PR/2013/750 précité

[2367] Voir *infra*

[2368] S. Dusollier, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », Prop. Int. janvier 2006 n°18, Doctrine p.10

[2369] M.A. Delègue et a., « Droit de l'information – Libre accès, communication scientifique directe : cadres juridiques », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2010/2 Vol. 47, p. 22

[2370] *Ibid.*. ; voir également S. Dusollier, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », précité

[2371] M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, 22 Juillet 2014, pt 127

cet égard que le projet *International Commons* rayonne grâce à aux adaptations[2372] nationales des licences proposées qui doivent conserver la lettre et l'esprit des modèles de contrats originels tout en assurant la validité du contrat au regard des droits internes et la nécessaire interopérabilité entre les versions[2373]. En conséquence, l'exonération de responsabilité[2374] n'a pas été transposée dans les pays de droit civil « *où l'offrant garantit une jouissance paisible au public* »[2375]. Selon certains[2376], les subtilités de langue et les particularités des régimes juridiques font obstacle à ce que les différentes adaptations des licences coïncident et il serait souhaitable qu'une forme de hiérarchie entre les versions soit décidée afin de résoudre les difficultés d'interprétation[2377]. Malgré son intérêt pratique, cette proposition n'a, pour l'heure, pas été retenue.

501. Le triomphe de la liberté contractuelle. Les six licences *Creative Commons* procèdent d'une même philosophie en faveur de la divulgation de l'information protégée[2378] et requièrent l'application de deux principes fondamentaux[2379] : l'exigence d'attribution qui se retrouve dans toutes les licences[2380] et l'autorisation de reproduction de l'œuvre, dont les modalités peuvent être précisées. En d'autres termes, la divulgation mentionnant expressément l'auteur est le principe et la reproduction est autorisée par défaut. Il s'agit là de la logique inverse du droit d'auteur qui prévoit l'interdiction de reproduction par défaut, sauf autorisation expresse, mise en œuvre en revanche de manière systématique par les licences *Creative Commons.* Les trois autres conditions sont optionnelles et concernent le caractère

[2372] Et non simples traductions
[2373] M. Dulong de Rosnay, « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'oeuvres en ligne - À propos de Creative Commons », rldi ,°2, février 2005, Activités – Eclairage – Activités de l'immatériel, n°59 p.35
[2374] M. Clément-Fontaine, « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », rldi n°1, janvier 2005, Activités – Eclairage – Activités de l'immatériel, n°20 p.33 : « *la clause de responsabilité des licences Creative Commons laisse songeur en ceci qu'elle limite la responsabilité de celui qui exploite l'oeuvre lorsqu'il a méconnu le droit des tiers en diffusant une œuvre qui en contrefait une autre. En effet, la clause réduit l'obligation de garantie contre l'éviction des droits du licencié sur la base de considérations de « bonne foi » ou « d'enquête raisonnable* ». »
[2375] M. Dulong de Rosnay, « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'oeuvres en ligne - À propos de Creative Commons », précité
[2376] S. Dusollier, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », précité ; M. Clément-Fontaine, « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », précité ; V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », précité, pts 83 et suivants
[2377] M. Clément-Fontaine, « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », précité
[2378] J. Jehl, « OMPI : information du public par des licences en ligne », JcpG n°51 16 décembre 2013, n°1355 (OMPI Communiqué PR/2013/750, 6 décembre 2013)
[2379] M.A. Delègue et a., « Droit de l'information – Libre accès, communication scientifique directe : cadres juridiques », précité
[2380] APIE, Ressource de l'immatériel, « Les licences libres – Creative Commons », précité et D. Bourcier et& B. B. Merhi (sous dir.), « Comprendre les licences CC 4.0 en français, une analyse commentée à l'usage des juristes francophones », précité

commercial de l'utilisation[2381], la possibilité de modifier l'œuvre première pour créer une œuvre dérivée et l'application à toute œuvre dérivée de la même licence *Creative Commons* que celle de l'œuvre première. Par la combinaison de ces principes, l'organisation *Creative Commons* fait émerger d'une même philosophie de partage six modalités distinctes d'usage. Ces efforts pour proposer des licences « standardisées », applicables par simple référence[2382] et adaptées à la vision de chaque auteur, mettent en exergue l'importance de la liberté contractuelle. Celle-ci permet aux créateurs de proposer une diffusion libre de leurs œuvres. Elle autorise de surcroît à adapter les licences proposées à ses propres impératifs[2383]. Elle est le fondement de la divulgation.

502. Se pose toutefois la question de la compatibilité des licences *Creatives Commons* avec les dispositions d'ordre public régissant le droit d'auteur et particulièrement le respect des droits moraux auxquels l'auteur ne peut renoncer[2384]. Il s'agit du droit à la paternité[2385], du droit de divulgation[2386], de repentir[2387] et au respect de l'intégrité[2388] de l'œuvre. S'agissant des droits à la paternité et de divulgation, ils nous semblent respectés dans la mesure où seul l'auteur décide de mettre son œuvre à disposition et où l'exigence de la mention de l'auteur est systématiquement requise, quelle que soit la formule de licence *Creative Commons* choisie. En revanche, il paraît délicat pour un auteur d'exercer un droit de repentir ou de requérir le respect de l'intégrité de son œuvre après en avoir autorisé la reproduction et la modification. Il n'existe pas d'obstacle juridique à la mise en œuvre de ces droits, mais il sera pratiquement difficile pour un auteur d'obtenir que les tiers renoncent à user de l'autorisation qui leur avait été accordée, en particulier sur internet où il est toujours possible de retrouver des éléments retirés par la suite[2389]. Cela constitue une limite importante à la compatibilité des licences avec ces droits moraux.

[2381] Utilisation comprise comme la reproduction et/ou la représentation de l'œuvre au sens des articles L.122-2 et L.122-3 du CPI
[2382] Sans négociation, ni rédaction *ad hoc*…et *in fine* sans juriste ! cf H. Herkko, "Creative Commons Olympics. How Big Media is Learning to License From Amateur Authors", précité
[2383] La liberté contractuelle se défait alors du cadre offert par les *Creative Commons*. La licence dérivée ne peut en revanche se prévaloir de l'estampille CC
[2384] M. Battisti, « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2004/3 Vol. 41, p. 193, citant M. Clément-Fontaine
[2385] Article L.121-1 du CPI
[2386] Article L.121-2 du CPI
[2387] Article L.121-4 du CPI
[2388] Article L.121-1 du CPI
[2389] Utilisation des caches, archives du web…

503. Les *Creative Commons* au service de la liberté d'entreprendre. La philosophie sous-jacente des *Creative Commons* promeut la diffusion la plus large possible des œuvres afin que leur usage soit le plus étendu et ne connaisse que les restrictions expressément décidées par l'auteur. En conséquence, toutes les licences autorisent par principe la reproduction de l'œuvre. Seules deux licences[2390] interdisent explicitement les œuvres dérivées. Dans les quatre autres cas, les auteurs donnent leur accord pour que leur création puisse être modifiée par le licencié. Une autre restriction concerne le caractère commercial de l'exploitation de l'œuvre : par principe également, toute reproduction à but non commercial est permise ; il n'en va pas de même de l'exploitation commerciale qui peut être exclue par l'auteur[2391] dans trois licences. Cela signifie que dans les trois autres licences[2392], l'exploitation commerciale de l'œuvre est possible, voire encouragée. On perçoit dès lors aisément l'intérêt qu'emporte la divulgation des œuvres à travers des licences *Creative Commons* pour les opérateurs économiques, qu'il s'agisse de créateurs d'œuvres dérivées, de simples utilisateurs[2393] ou d'innovateurs qui bénéficient de la possibilité d'exploiter des informations protégées mises à disposition de manière élargie. La liberté d'entreprendre de ces agents en ressort renforcée, renouvelée dans les possibilités offertes par cette divulgation innovante de l'information protégée qui prévoit un accès ouvert et gratuit issu d'une autorisation générale non exclusive[2394]. L'autorisation d'exploitation à des fins commerciales qui doit être expressément stipulée, constitue la limite principale apportée à la liberté d'entreprendre des opérateurs[2395]. S'agissant de contenus créatifs, la question de la mise en concurrence pourrait paraître improbable. Elle se pose néanmoins dans le cadre particulier où un agent souhaite utiliser une œuvre diffusée sous licence *Creative Commons* dans une optique « propriétaire ».

[2390] La licence publique *Creative Commons* Attribution - Pas d'Œuvre dérivée 4.0 International (CC BY-ND) et la licence publique *Creative Commons* Attribution - Utilisation non commerciale - Pas d'Œuvre dérivée 4.0 International (CC BY-NC-ND)
[2391] La icence publique *Creative Commons* Attribution - Utilisation non commerciale 4.0 International (CC BY-NC), la licence publique *Creative Commons* Attribution - Utilisation non commerciale - Partage dans les mêmes conditions 4.0 International (CC BY-NC-SA) et la licence publique *Creative Commons* Attribution - Utilisation non commerciale - Pas d'Œuvre dérivée 4.0 International (CC BY-NC-ND)
[2392] La licence publique *Creative Commons* Attribution 4.0 International (CC BY), la licence publique *Creative Commons* Attribution - Partage dans les mêmes conditions 4.0 International (CC BY-SA) et la licence publique *Creative Commons* Attribution - Pas d'Œuvre dérivée 4.0 International (CC BY-ND)
[2393] Qui se contentent de reproduire l'information protégée sous licence CC
[2394] H. Verdier et C. Murciano, « Les communs numériques, socle d'une nouvelle économie politique », Esprit 2017/5 (Mai), p. 132
[2395] M. Clément-Fontaine, « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation », précité

504. L'application d'une licence *Creative Commons* dans un monde « propriétaire ». Un auteur[2396] prend l'exemple intéressant d'une photographie de flocon diffusé sur le site Flickr sous licence *Creative Commons* Attribution – Partage dans les mêmes conditions (BY – SA), dont la chaine NBC souhaitait faire usage, à l'occasion de jeux olympiques d'hiver de Vancouver en 2010, dans le cadre de clips animés ponctuant la retransmission des jeux. La licence *Creative Commons* choisie par le photographe stipulait précisément les mentions devant accompagner toute reproduction du cliché : indication des noms de l'auteur, de l'œuvre, de la licence, la mention du lien vers la licence, et la précision selon laquelle l'œuvre originale avait été modifiée. De surcroît, la licence prévoyait que toute œuvre dérivée devrait être divulguée sous le même régime, c'est-à-dire sous licence *Creative Commons* Attribution – Partage dans les mêmes conditions (BY – SA). Ne souhaitant pas satisfaire ces conditions, NBC contacta le photographe et obtint que la mention de son nom apparaisse uniquement comme membre de l'équipe ayant réalisé les animations, aucune précision n'étant apportée sur sa contribution, et sans qu'il soit question d'appliquer la licence *Creative Commons* aux créations dérivées comprenant l'image du flocon. Se pose alors la question du sort de la licence *Creative Commons* dans ce contexte : a-t-elle été véritablement appliquée ou définitivement escamotée ? A la lecture des emails échangés entre l'auteur de la photographie et NBC[2397], il semble qu'un contrat indépendant de licence ait été conclu entre ces parties, prévoyant le droit d'exploiter et de modifier l'œuvre à titre gratuit. Le défaut d'évocation des conditions requises par la licence *Creative Commons* semble signifier sa mise à l'écart au profit d'un contrat encore plus avantageux pour NBC. Il est regrettable que cet opérateur n'ait pas choisi de suivre la logique de divulgation initiale voulue par le photographe. Si la chaine télévisée souhaitait rester dans un mode de diffusion « propriétaire », il lui appartenait de renoncer à utiliser cette image au profit d'autres qui n'auraient pas été divulguées sous licence *Creative Commons*. A notre sens, NBC a perverti l'esprit de la divulgation de la photographie à son seul bénéfice. Y a-t-il eu pour autant abus de droit ou fraude ? Les licences *Creative Commons* étant non exclusives et l'auteur ayant manifesté expressément son consentement à l'usage fait de son œuvre par NBC, nous ne le pensons pas. La liberté contractuelle favorise ici NBC et sa liberté d'entreprendre. Elle interdit toute remise en cause « morale » du contrat. Il n'en reste pas moins une certaine amertume à un usage de l'œuvre détourné des visées altruistes qui ont présidé à sa divulgation.

[2396] H. Herkko, « Creative Commons Olympics. How Big Media is Learning to License From Amateur Authors », précité

[2397] Mentionés par H. Herkko, « Creative Commons Olympics. How Big Media is Learning to License From Amateur Authors », précité

505. En dépit des mésusages et des éventuels détournements, la philosophie d'ouverture de l'information protégée perceptible à travers l'initiative des *Creative Commons* poursuit son rayonnement. Ainsi, la licence Art libre[2398] créée en 2000 concède à d'éventuels « contributeurs » d'une œuvre originelle protégée par le droit d'auteur[2399] certaines libertés qui correspondent à celles définies par la licence GNU GPL[2400] : liberté d'usage, de copie, de diffusion et de transformation de l'œuvre[2401]. Elle associe protection de l'auteur et « intérêt public artistique »[2402]. S'agissant des sciences, elle a abouti en 2005 au projet international *Science Commons* qui a pour but de surmonter « *les obstacles à la communication et à la réutilisation des résultats de la recherche scientifique* »[2403]. Les ressources de cette plateforme, notamment disponibles sous licence *Creative Commons,* suivent la logique de l'ouverture de l'information protégée, et s'attachent plus particulièrement au cas de l'information scientifique protégée, riche de problématiques spécifiques à ce domaine.

§2 – La divulgation de l'information scientifique, point de rencontre d'intérêts divergents

506. Les enjeux de la divulgation de l'information protégée sont renouvelés lorsque les données en cause sont le résultat de recherches scientifiques. Le futur de l'innovation dépend de la diffusion de ces informations (**A**) dont les modalités revêtent alors une importance cruciale (**B**). Suivant le mouvement global de divulgation de l'information protégée, l'information scientifique est, à son tour, confrontée à de nouveaux usages qui ont pour objectif sa diffusion la plus étendue.

A/ La publication, le principe d'une divulgation nécessaire

507. Les institutions de recherche publique ont pour mission « *la diffusion et le partage des connaissances dans l'optique d'assurer une meilleure circulation des connaissances, ainsi*

[2398] http://artlibre.org/
[2399] Quel que soit son support, c'est à dire y compris non numérique
[2400] Sur la licence GNU GPL, voir *supra* n°489
[2401] Préambule et articles 2.1, 2.2 et 2.3 de la licence Art libre disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://artlibre.org/
[2402] Ch. Carlut, « Copyright - Copywrong – Les enjeux des pratiques contemporaines d'appropriation », in « Copyright \ Copywrong \ Actes du Colloques \ Le Mans \ Nantes \ Saint Nazaire », Février 2000, Edition MeMo 2003
[2403] M.A. Delègue et a., « Droit de l'information – Libre accès, communication scientifique directe : cadres juridiques », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2010/2 Vol. 47, p. 22

qu'une accélération du progrès scientifique »[2404]. Cela signifie qu'il est de l'essence de la recherche publique de divulguer les connaissances en résultant afin de permettre un enrichissement global du savoir et la mise en œuvre d'innovations particulières. L'expression « publier ou périr »[2405] prend une double dimension : du chercheur vis-à-vis de ses pairs et du système de recherche d'une part, et du chercheur vis-à-vis du progrès scientifique d'autre part.

508. La divulgation nécessaire vis-à-vis de ses pairs. Les résultats de recherche peuvent être qualifiés d'information protégée[2406] en ce sens que leur détention est de nature à conférer un avantage concurrentiel. S'agissant de la recherche et du développement privés, il appartient à l'entreprise ou au groupement d'entreprises qui en sont à l'origine de décider du mode de protection choisi[2407]. Le sort de l'information protégée issue de la recherche publique se distingue en revanche dans la mesure où il se trouve au cœur d'intérêts divergents : la décision individuelle du chercheur de divulguer, l'obligation de l'institution de diffuser et l'exigence de valoriser. Concrètement, les résultats de recherche sont formalisés dans des articles protégés par le droit d'auteur exposant le raisonnement mené. La décision de divulguer ce document n'appartient qu'à son auteur : elle ressort du droit de divulgation, expressément prévu par l'article L.121-2 du code de la propriété intellectuelle. Il est essentiel que ce droit soit préservé car de lui dépend la liberté de la recherche[2408]. Un chercheur contraint de divulguer, qu'il s'agisse d'une obligation temporelle ou de contenu, ne sera plus maître de ses travaux, ce qui n'est pas sans conséquence sur la pérennité de sa recherche[2409]. C'est d'ailleurs l'un des arguments évoqués par certains professeurs[2410] pour contester l'ampleur prise par le phénomène d'*open access* dont les modalités les priveraient du choix nécessaire de divulguer leurs recherches. La décision de divulgation par voie de publication est d'importance. Elle autorise la diffusion de l'information protégée au sein de la

[2404] A. Robin, « Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode open science », Prop. Int. Juillet 2013 n°48, Doctrine p. 260

[2405] « Publish or perish » cf E. Garfield, « What is the primordial reference for the phrase "publish or perish ? », The Scientist, 10 juin 1996, Vol 10, n°12 p.11, www.garfield.library.upenn.edu/commentaries/tsv10%2812%29p11y19960610.pdf

[2406] Au sens de notre étude, cf *supra* n°8

[2407] Constitué par soit par le secret, soit par des droits de propriété intellectuelle

[2408] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 95 : « *le chercheur doit pouvoir bénéficier d'une certaine liberté dans sa recherche et dans sa parole pour être incité à produire des travaux de qualité ; court-circuiter son droit de regard sur le destin de ses recherches risque, au contraire, de le décourager*. »

[2409] *Ibid.*.

[2410] F. J. Säcker, « Open Access and Competition Law - Legal Restraints on the Competition between Electronic Products of Private Publishing Houses and University Press? », Jipitec n°1, 2010 p.138

communauté scientifique ainsi qu'une reconnaissance de son auteur par ses pairs[2411]. Cette reconnaissance s'effectue notamment grâce au système de relecture et de validation des comités éditoriaux propres aux revues scientifiques. La constitution d'une réputation est un élément-clé dans la communauté scientifique[2412]. Dans une acception revisitée de la formule de Descartes, il serait possible de dire que « je pense et mes pairs le savent, donc je suis ».

509. Il est en revanche indispensable que le chercheur puisse décider du moment, du contenu et du type de contenant de la publication. La temporalité de la divulgation est essentielle. Le contenu de la publication dépend de l'avancée des travaux : selon le moment choisi, ce ne sont pas les mêmes résultats qui pourront être communiqués. De même, la lettre de la publication sera différente selon le type de revue concerné[2413]. Le choix de cette communication rejoint le devoir de diffusion des institutions publiques[2414] qui sont toutefois confrontées à un autre impératif, celui de la valorisation des résultats dont les modalités peuvent se trouver en opposition avec le système de divulgation[2415]. A titre d'exemple, lorsque les résultats de recherche sont constitutifs d'une invention, leur valorisation appelle le dépôt d'un brevet et le maintien du secret préalablement à cette démarche. Une telle approche exclut en conséquence une publication des mêmes résultats de nature à anéantir le caractère de nouveauté de l'invention. Les exigences de diffusion de l'information scientifique et de valorisation doivent alors être conciliées par la voie du contrat[2416].

[2411] N. Peifer, Regulatory Aspects of Open Access, Jipitec n°1, 2010 p.131

[2412] M. Coris, « La culture du don dans la modernité - Les communautés du logiciel libre » , Réseaux, 2007/1 n° 140, p. 161 : « *Lorsqu'un chercheur publie ses travaux de recherche, il ne perçoit en général aucune rémunération monétaire supplémentaire mais, s'il le fait, ce n'est pas parce qu'il est altruiste. Au lieu de vendre ses découvertes, il choisit la seule voie, le « don », qui lui permet de faire progresser sa carrière au sein du monde académique. En échange des connaissances diffusées et publiées, il perçoit un statut et un capital réputationnel lui permettant d'obtenir, par exemple, des subventions de recherche ou des prix, mais surtout de gagner la réputation de ses pairs.* »

[2413] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? »,n° 57 p. 95, précité : « *contrairement à l'une des idées véhiculées par les déclarations, il est délicat de dissocier la substance d'un article du contexte de sa publication. L'écriture pour une revue papier n'est pas celle d'une publication électronique ; la rédaction et le fond vont varier en fonction de la langue choisie ; la politique de citation sera fonction du lectorat, etc. Abandonner ces choix à des personnels administratifs, voire à des directeurs de laboratoire pourrait conduire à un formatage de la pensée au regard de canons requis, voire à une véritable confiscation de la liberté de recherche.* »

[2414] A. Robin, « Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode open science », précité

[2415] M. Clément-Fonataine, A. Robin, C. Bernault, G. Gidrol-Mistral, Fabienne Orsi, « La production de la diffusion ouverte des connaissances : stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement », Les petites affiches – 18 août 2014 - n° 164 – p. 38

[2416] *Ibid.*.

510. La divulgation nécessaire au progrès scientifique. Il importe que l'information soit divulguée de la manière la plus large possible car elle seule permet l'avancée du progrès scientifique. Faute de communication des résultats, les doublons dans les programmes de recherche se multiplieraient, ralentissant les découvertes et innovations. C'est le second sens que nous prêtons à la formule « publier ou périr » : à défaut de diffusion de l'information scientifique, la recherche et le progrès avec elle, risquent de péricliter, voire de disparaître. La divulgation de l'information scientifique revêt alors un enjeu qui dépasse les intervenants du système.

La divulgation de l'information scientifique est l'un des fondements de la liberté d'entreprendre des opérateurs à mêmes de proposer des applications pour les résultats de la recherche, à l'origine de nouveaux produits, voire de nouveaux marchés, au bénéfice des consommateurs et de la concurrence. Les modalités de divulgation sont alors d'une grande importance. Elles ont connu une évolution ces dernières années par la mise en place de deux systèmes parallèles de publication, qui parfois se rejoignent.

B/ La publication, entre diffusion étendue et transmission entre initiés

511. Les modalités de la divulgation scientifique sont empreintes de multiples problématiques faisant valoir des intérêts divergents : ceux des auteurs, ceux des éditeurs et ceux du public, entendu comme la communauté scientifique restreinte ou, dans une vision élargie, comme tout intéressé. Le mode de publication choisi doit répondre aux exigences de l'ensemble des protagonistes. La publication papier « traditionnelle » dans des revues à comités de lecture est parvenue un temps à satisfaire des intérêts antagonistes : choix de divulgation laissé à l'auteur qui doit faire la démarche de proposer un article pour espérer le voir publier, appréciation et reconnaissance par ses pairs *via* les comités de lecture, et diffusion à l'égard du public, particulièrement dans les bibliothèques facilitant une transmission étendue de l'information protégée. Dans ce système, l'offre d'articles excédait les possibilités de publication des revues. Face à cette situation, doublée du constat de l'insertion de clauses d'exclusivité abandonnant aux éditeurs le contrôle de la diffusion de l'information[2417], et d'un phénomène

[2417] Le cas échéant dans le monde entier cf M. Clément-Fontaine et a. (A.Robin, C.Bernault, G.Gidrol-Mistral, F. Orsi, « La production de la diffusion ouverte des connaissances : stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement », Petites affiches - 18/08/2014 - n° 164 - page 38

de renchérissement considérable des abonnements aux revues[2418] dû notamment à des concentrations dans ce secteur[2419], différentes initiatives se sont développées pour permettre une diffusion alternative de l'information scientifique.

512. Les déclarations de principes. Trois déclarations de principe se sont succédé au début des années 2000[2420] : la déclaration de Budapest[2421], la déclaration de Bethesda[2422] puis celle de Berlin[2423] la même année. Le manifeste de Budapest énonce, pour la première fois, une définition de la notion d'« *open access* » ou « accès libre » comme « *la mise à disposition gratuite sur l'Internet public, permettant à tout un chacun de lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces articles, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale, sans barrière financière, légale ou technique autre que celles indissociables de l'accès et l'utilisation d'Internet* »[2424]. Ce document a vocation à faciliter la publication des fruits de la recherche et l'auto-archivage dans l'objectif désintéressé de *« l'amour de la recherche et de la connaissance* »[2425]. La question du droit d'auteur est à peine évoquée, seuls les droits extrapatrimoniaux de respect à l'intégrité de l'œuvre et de paternité étant envisagés[2426]. Le droit de divulgation est en revanche absent du débat[2427]. La déclaration de Bethesda, circonscrite au milieu biomédical[2428], précise la notion de publication en libre accès par l'exigence de deux critères. D'une part, les auteurs et titulaires de droit d'auteur doivent

---

[2418] C. Bernault, « Accès à la connaissance et droit d'auteur », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas », éd. LexisNexis 2014, p.63, spéc. p.73

[2419] A compter des années 1990, les éditeurs ont constitué des « portefeuilles de revues » cf P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 23

[2420] *Ibid.*.

[2421] Budapest Open Access Initiative le 14 février 2002, disponible au 5 novembre 2018 aux adresses : www.budapestopenaccessinitiative.org et www.openaccess.inist.fr/?Initiative-de-Budapest-pour-l

[2422] Déclaration de Bethesda le 11 avril 2003, www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Bethesda-pour-l

[2423] Berlin Declaration of Public Access to Scientific Knowledge, le 22 octobre 2003, disponible au 5 novembre 2018 aux adresses : http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.htm , et www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-berlin-sur-le-Libre , signée par le DFG *Deutsche Forshungsgemeinschaft* ainsi que six autres instituts de recherche

[2424] Pour un accès au texte de l'Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert en français, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : www.openaccess.inist.fr/?Initiative-de-Budapest-pour-l ; également V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 95

[2425] *Ibid.*.

[2426] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

[2427] *Ibid.*.

[2428] Synthèse de la réunion sur la publication en libre accès – 11 avril 2003 www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Bethesda-pour-l : « *L'objectif de ce document est d'encourager les débats au sein de la* ***communauté biomédicale*** *sur les moyens à employer afin de concrétiser le plus rapidement possible ce souhait largement partagé qu'est le libre accès à la littérature scientifique primaire.* » (nous soulignons)

accorder à tous les utilisateurs « *un droit d'accès gratuit, irrévocable, mondial et perpétuel* »[2429] ainsi que la concession d'une « *licence leur permettant de copier, utiliser, distribuer, transmettre et visualiser publiquement l'œuvre et d'utiliser cette œuvre pour la réalisation et la distribution d'œuvres dérivées, sous quelque format électronique* »[2430] et le droit « *de faire un petit nombre de copies papier pour leur usage personnel* »[2431]. D'autre part, « *la version complète de l'œuvre, ainsi que tout document connexe, dont une copie de l'autorisation ci-dessus, réalisée dans un format électronique standard approprié, est déposée dès sa publication initiale dans au moins un réservoir en ligne subventionné* »[2432], tel qu'une archive ouverte[2433]. Le droit d'auteur est apprécié d'une manière étrange par ce manifeste, qui prévoit de lui substituer les règles de la communauté, s'agissant notamment de l'attribution de la paternité et de l'utilisation de l'œuvre[2434]. La compatibilité de telles stipulations avec les dispositions régissant les droits extrapatrimoniaux paraît plus que douteuse[2435]. Enfin, la déclaration de Berlin, conçue sous l'égide de l'Institut Max Planck, envisage le libre accès comme une « *source universelle de la connaissance humaine et du patrimoine culturel ayant recueilli l'approbation de la communauté scientifique* »[2436]. Concrètement, elle reprend les conditions définies dans la déclaration de Bethesda qui acquièrent de la sorte une portée notable.

Tandis que les déclarations et discussions en faveur de *l'open access* dans la lignée de la conférence de Berlin ont régulièrement eu lieu entre 2004 et 2013[2437], un mouvement apparaît

---

[2429] Synthèse de la réunion sur la publication en libre accès – 11 avril 2003 www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Bethesda-pour-l, Définition de la publication en libre accès, pt 1 ; voir également V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

[2430] *Ibid.*.

[2431] *Ibid.*.

[2432] Synthèse de la réunion sur la publication en libre accès – 11 avril 2003 www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Bethesda-pour-l disponible au 5 novembre 2018, Définition de la publication en libre accès, pt 2 ; voir également V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

[2433] Sur le portail HAL constituant un exemple d'archive ouverte, voir C. Bernault, « Accès à la connaissance et droit d'auteur », précité, spéc. p.73

[2434] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

[2435] M. Battisti, « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2004/3 Vol. 41, p. 193, citant M. Clément-Fontaine

[2436] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité ; Pour une traduction du texte en français voir www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-berlin-sur-le-Libre disponible au 5 novembre 2018

[2437] Berlin 2 « Steps Toward Implementation of the Berlin Declaration on Open Access to knowledge in the sciences and Humanities » au CERN à Genève en 2004, Berlin 3 « Progress in Implementing the Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities » à Southampton en 2005, Berlin 4 « Open Access – from Promise to Practice » à Potsdam en 2006, Berlin 5 « From Practice to Impact : Consequences of Knowledge Dissemination » à Padou en 2007, Berlin 6 « Changing Schorlarly Communication in the Knowledge Society » à Düsseldorf en 2008, Berlin 7 « Open Access – Reaching Diverse Communities» à

à Heidelberg en réaction à l' « ouverture » de la publication. Les professeurs réunis sous l' « appel d'Heidelberg » s'érigent contre la publication d'articles *via* un accès ouvert sans que le consentement de son auteur ait été recueilli. Ils dénoncent une atteinte au droit d'auteur sous couvert d'une volonté de diffusion élargie de l'information[2438].

513. ***Open access, Open science*** **et Archives ouvertes**. Les déclarations Budapest, Bethesda et Berlin manifestant des positions philosophiques, voire idéologiques, fortes, se sont accompagnées de la mise en œuvre pratique du libre accès à l'information scientifique, confortée par le développement d'internet et de la communication en ligne. Ces derniers ont en effet rendu possible la publication de résultats exclusivement sur internet et parallèlement la mise en place d'archives ouvertes librement accessibles au plus grand nombre[2439]. A cet égard, un exemple résulte de l'expérience du CNRS ayant fermé en 2005 son site *ad hoc* PubliCNRS[2440] pour inviter les chercheurs à « *déposer, chaque fois que c'est possible, les « manuscrits » de leurs travaux sur la base HAL, les rendant ainsi librement consultables par la communauté scientifique internationale* » (Migus, 2006).[2441] Se mêlent alors *open access, open science* ou *open Contents* et *Open Archive* qui ont pour objectif commun la diffusion étendue de l'information protégée par différents mécanismes : la conservation pour les archives ouvertes[2442], la communication proprement dire pour le libre accès et le contenu même du travail scientifique pour la science ouverte. Il n'existe alors pas un seul mode d'ouverture de l'accès à l'information scientifique protégée, mais une « *multitude d'usages concordants* ».[2443]

Paris en 2009, Berlin 8 « Implementation Progress, Best Practices, and Future Challenges » à Beijing en 2010, Berlin 9 « Open Access Conference : The Impact of Open Access in research and scholarship » à Washington en 2011, Berlin 10 « Open Access Conference » à l'université Stellenbosch en Afrique du sud

[2438] F. J. Säcker, « Open Access and Competition Law - Legal Restraints on the Competition between Electronic Products of Private Publishing Houses and University Press? », précité

[2439] P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 23

[2440] Recensant les publications de tous les laboratoires du CNRS cf J. Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 137

[2441] J. Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité

[2442] V.-L. Bénabou, J. Farchy et D. Botteghi, « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », rapport du CSPLA – Commission spécialisée, juin 2007 : « *Les archives ouvertes peuvent servir à la datation de la production scientifique et à la constitution d'une mémoire ; l'enregistrement sert alors de preuve comme dans tout système d'archives publiques et tout enregistrement doit être définitif : il est possible de déposer une nouvelle version sur HAL mais jamais de supprimer la version précédente. A cette volonté d'archivage s'ajoute l'objectif prioritaire de diffusion des connaissances.* »

[2443] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

514. Concrètement, les archives ouvertes sont des sites présentant des documents issus de la recherche scientifique mis en ligne par les universités ou les centres de recherches[2444]. A titre d'exemple, il existe en France : HAL (archives ouvertes notamment du CNRS), OATAO (Open Archive Toulouse Archive Ouverte), Archimer (IFREMER – Institut Français de Recherche pour l'Exploitation de la Mer). La démarche n'est pas nouvelle et s'inscrit dans une tradition de communication de « versions béta » d'articles à paraître entre chercheurs, exercée autrefois par le biais de photocopies[2445]. La mise en œuvre actuelle se caractérise par la facilité d'exécution conférée par Internet qui permet une connaissance instantanée des derniers résultats, ainsi que par l'ampleur du phénomène qui permet de couvrir des pans entiers de recherche. Cet accès immédiat, simplifié et gratuit à l'information scientifique permet d'une part, aux chercheurs d'obtenir une révision-correction de leurs articles avant publication et d'acquérir une notoriété[2446] par une évaluation ouverte de leurs pairs[2447], et d'autre part, aux bibliothèques et directement au public de bénéficier d'une consultation facilitée des publications[2448]. Chaque système connaît ses règles spécifiques, mais certains principes généraux se retrouvent dans tous les cas. Il en va ainsi de la nécessité d'un accord préalable de tous les auteurs d'un document pour sa publication en libre accès. De la même manière, lors du dépôt en ligne des revues sur un portail libre tel que Revues.org, les éditeurs doivent s'assurer qu'ils sont titulaires des droits nécessaires pour ce faire[2449]. Par ailleurs, la mise à disposition des articles doit respecter le droit d'auteur de leurs signataires ainsi que les droits des tiers. Les publications doivent être cités avec mention de leur paternité[2450] et éviter tout grief de contrefaçon, injures ou propos diffamatoires[2451].

515. Les risques du libre accès. A cet égard, un courant influencé par des problématiques fiscalistes soucieuses des conséquences de la rémunération de la recherche par des deniers publics[2452], induit un risque considérable vis-à-vis du respect de ces principes, particulièrement l'exigence du recueil du consentement du ou des auteurs de l'article

[2444] E. Masson et a., « Droit de l'information - Don't ask, don't tell, just do it, La communication scientifique directe, entre légalité et prise de risque », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2009/2 Vol. 46, p. 24
[2445] M. Battisti, « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2004/3 Vol. 41, p. 193
[2446] *Ibid.*.
[2447] P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », précité
[2448] M. Battisti, « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », précité
[2449] E. Masson et a., « Droit de l'information - Don't ask, don't tell, just do it, La communication scientifique directe, entre légalité et prise de risque », précité
[2450] *Ibid.*.
[2451] *Ibid.*.
[2452] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

préalablement à sa publication. Evoqué aux Etats-Unis[2453], mais désormais également visé par le programme de recherche H2020 de la Commission européenne[2454], il a pour objectif de promouvoir un accès public aux résultats issus de la recherche publique. En d'autres termes, le contribuable doit pouvoir accéder immédiatement aux informations scientifiques protégées dont il a subventionné la recherche[2455]. Il est à craindre qu'une telle initiative, privant le chercheur de la décision de publication, nuise à l'incitation et à la liberté de recherche[2456]. La déclaration d'Heidelberg[2457], déjà évoquée, prend alors tout son sens : il importe que le droit de divulgation des auteurs-chercheurs soit préservé. Outre la question du respect des droits extra-patrimoniaux, il s'agit également d'appréhender les conséquences d'un défaut de consentement à la publication. La liberté de la recherche atteinte, le progrès scientifique déclinant, ce sont tous les acteurs de l'innovation et *in fine* de l'économie qui verraient leur liberté d'entreprendre réduite. La divulgation massive de l'information protégée aboutirait paradoxalement à la diminution corrélative de la liberté d'entreprendre des opérateurs.

516. En France, une initiative issue de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique paraît s'inscrire dans cette logique. La loi introduit un article L.533-4 du code de la recherche qui dispose : « *Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines*

[2453] M. Battisti, « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », précité : « *un projet de loi fédéral pourrait obliger à mettre en libre accès tout article réalisé par un chercheur financé par l'État*. »
[2454] Le programme Horizon 2020 comporte l'obligation d'assurer le libre accès aux publications issues des recherches qu'il aura contribuées à financer, sous peine de sanctions financières cf http://www.horizon2020.gouv.fr/cid82025/le-libre-acces-aux-publications-aux-donnees-recherche.html disponible au 5 novembre 2018
[2455] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité
[2456] *Ibid.*.
[2457] Voir *supra*

et sociales ». La justification de cet *open access* légal réside dans le financement partiellement ou entièrement public des recherches, élément pourtant indifférent en droit d'auteur[2458]. Cette disposition contredit également la force obligatoire du contrat en ce qu'elle permet à l'auteur d'un écrit scientifique de le mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, alors que l'auteur a préalablement accordé des droits exclusifs à un éditeur. Cela revient à une « *expropriation de l'éditeur* »[2459], qui se trouve directement concurrencé par l'auteur ayant cédé ses droits[2460], en contradiction avec l'article L.122-7-1 du code de la propriété intellectuelle selon lequel « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public* » sous réserve des droits des *« tiers, ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues* ». Cette faculté offerte à l'auteur est soumise à la divulgation gratuite préalable du résultat de recherche par l'éditeur ou à l'expiration d'un délai d'une durée entre six et douze mois, selon le domaine, à compter de la première publication. Cette recherche louable d'un équilibre entre les intérêts en présence, heurte néanmoins la liberté contractuelle. Il apparaît donc souhaitable, à tout le moins, de stipuler en amont, la faculté laissée à un chercheur de mettre à disposition le résultat de ses recherches, dans un format numérique ouvert, le cas échéant après un certain délai.

517. Le deuxième risque de *l'open access* concerne la massification des publications. Le développement du phénomène du libre accès à l'information scientifique protégée a en effet pour corollaire la multiplication de l'offre d'articles scientifiques dont le nombre dépasse désormais les possibilités de lecture[2461], aboutissant au résultat selon lequel il ne suffit plus d'être publié pour être lu[2462]. Dès lors, la recherche de notoriété, qui était l'un des fondements de l'*open access*[2463], ne peut plus être satisfaite par le biais de publications en libre accès. De surcroît, l'affluence de publications en libre accès comporte le risque paradoxal d'empêcher la transmission efficace de l'information scientifique protégée, en raison de l'impossibilité de l'isoler de la masse des informations mises à disposition. Deux éléments doivent alors être développés pour que l'*open access* prenne toute son ampleur et son efficacité : d'une part des

[2458] Ch. Caron, « Droit d'auteur et droits voisins », éd. LexisNexis 2017, 5ème éd.,n°390 p.376 et suivantes
[2459] P.-Y. Gautier, « Propriété littéraire et artistique », éd. Puf, 2017, 10ème éd., n°532 p.573 et suivantes
[2460] Ch. Caron, « Droit d'auteur et droits voisins », précité,.,n°390 p.376 et suivantes
[2461] P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », précité : « *Cette surabondance de l'offre par rapport à la demande sur des marchés de biens informationnels a été caractérisée par plusieurs économistes comme relevant de ce qu'ils ont pu qualifier d'« économie de l'attention » (Simon 1971). L'information n'étant plus rare mais surabondante par rapport au nombre de ceux qui se trouvent en capacité de la consommer, ce sont donc ces derniers (c'est-à-dire la demande) qui deviennent excessivement rares.* »
[2462] Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité, évoquent le pourcentage de 90% d'articles publiés qui ne seraient pas lus
[2463] M. Battisti, « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », précité

nouveaux outils, tels que des moteurs de recherches efficaces ou agrégateurs de contenus ayant vocation à repérer l'information protégée[2464] afin qu'elle puisse être efficacement triée et compulsée dans le but de favoriser l'innovation et la liberté d'entreprendre, et d'autre part le développement de revues en libre accès disposant d'une reconnaissance scientifique dans le domaine de recherche concerné. C'est, en effet, l'un des atouts majeurs des revues papier qui leur permet de conférer une forme de validation et de certification aux articles parus en leur sein[2465].

518. L'économie de l'*open access*. Croire que l'accès libre signifie sans coût serait une erreur. Il existe des frais de publication, même si elle est électronique[2466]. Dans la mesure où l'accès en aval est gratuit pour le lecteur, les coûts se reportent, de manière automatique, en amont. Ceux-ci peuvent être à la charge du chercheur, de son institution de rattachement[2467], ou mutualisé entre différents organismes de recherche et d'enseignements supérieurs comme c'est le cas pour Cairn, Persée et Revues.org[2468]. Ils peuvent même être très importants pour l'auteur lorsqu'il s'agit d'un site reconnu par son expertise. Springer a ainsi dès 2003 mis en place le système *Open Choice*, permettant de rendre un article librement accessible pour la somme de 3 000 $[2469]. Cette question de la gestion des coûts, de l'exigence toujours plus prégnante d'un accès simple, gratuit et quasi immédiat aux publications et de l'impératif d'une certification des articles conduit à s'interroger sur l'articulation entre *open access* et publication « traditionnelle ».

519. A la recherche d'un équilibre entre publication traditionnelle et publication ouverte. Un phénomène de double hybridation s'est ajouté à une tendance naturelle conduisant à la préservation par chaque mode de publication de ses spécificités (rapidité et gratuité pour l'une, certification pour l'autre). Il a abouti au développement parallèle, d'une

[2464] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité ; voir l'exemple de Google Scholar comme moteur de recherche cf Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 137 ; voir pour un exemple de logiciel utilisé aux fins *d'open access.* F. J. Säcker, « Open Access and Competition Law - Legal Restraints on the Competition between Electronic Products of Private Publishing Houses and University Press? », précité

[2465] P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », précité

[2466] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

[2467] *Ibid.* ; voir également Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité

[2468] P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », précité

[2469] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité ; Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité

part, de revues disponibles sur internet reconnues dans leur domaine d'expertise[2470] acquérant une faculté de validation doctrinale, et, d'autre part, de propositions de certains éditeurs de diffuser des articles en ligne[2471]. A ceci s'ajoute pour les auteurs la possibilité pratique de publier d'abord leur article dans une revue « traditionnelle » puis de le mettre en ligne[2472] ou encore d'auto-archiver en ligne leur production scientifique[2473], c'est-à-dire de la déposer dans une archive ouverte (base de données documentaires telle que TEL – thèses-en-ligne) afin qu'elle soit immédiatement accessible. Cette faculté nécessite qu'elle ait été prévue par le contrat conclu avec l'éditeur[2474]. Concrètement, cela se traduit par une période d'exclusivité conférée à l'éditeur, généralement de six mois[2475], à l'issue de laquelle l'auteur sera libre de publier son article en ligne, en mentionnant, le cas échéant, un lien vers le site de l'éditeur[2476]. La liberté contractuelle de l'auteur est alors essentielle car elle « *préside à l'organisation des savoirs* »[2477], même s'il peut être délicat de faire valoir ses exigences vis-à-vis d'un éditeur *a priori* en position de supériorité. L'équilibre trouvé entre les deux formes de publications résulte de la liberté contractuelle des parties. En adaptant la divulgation de l'information scientifique protégée aux évolutions de la communication et des exigences d'accès à la connaissance, la liberté contractuelle suit les mutations sociétales et prend toute sa dimension.

Elle est également la source d'une exploitation inédite des droits de brevets, s'éloignant d'une optique de réservation au profit d'une ouverture au bénéfice de l'innovation.

[2470] Qui agissent comme un « label de certification », cf J. Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité

[2471] Voir à cet égard l'exemple de l'éditeur Elsevier proposant dans certaines de ses formules d'abonnement un accès direct aux articles en cours d'évaluation dans les revues cf P. Mounier, « Le libre accès : entre idéal et nécessité », précité ; ou l'exemple du site www.open-dalloz.fr qui a choisi de mettre en libre accès (à supposer que l'on estime que la fourniture des coordonnées et adresse email ne constitue pas une forme de rémunération ce qui peut nettement se discuter) codes, jurisprudence et fiches d'orientation, tout en conservant les revues papier de son portefeuille et son site d'accès payant www.dalloz.fr comportant des analyses doctrinales poussées, cherchant ainsi à s'adresser à tous les publics cf Camille Sztejnhorn, « L'Open access et l'édition juridique : l'exemple de la disruption Open Dalloz », Dalloz IP/IT 2017 p.97

[2472] Golden road ou voie dorée cf J. Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité

[2473] Green road ou voie verte cf J. Farchy et P. Froissart, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », précité

[2474] Qui ne doit alors pas comprendre de cession de droits pour une exploitation numérique ou se réserver expressément la possiblité de publier « personnellement » en ligne en plus de la version numérique de son article proposée par l'éditeur

[2475] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité ; voir également N. Peifer, Regulatory Aspects of Open Access, précité

[2476] E. Masson et a., « Droit de l'information - Don't ask, don't tell, just do it, La communication scientifique directe, entre légalité et prise de risque», Documentaliste-Sciences de l'Information, 2009/2 Vol. 46, p. 24

[2477] V.-L. Benabou, « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », précité

Section II - Le renouvellement des libertés économiques par la divulgation innovante de l'information protégée par un droit de brevet

520. La divulgation de l'information protégée par un brevet constitue la contrepartie sociétale du droit exclusif conféré à l'inventeur. En d'autres termes, la divulgation de l'invention s'inscrit dans l'objectif de satisfaction du « *besoin social d'accès au progrès* »[2478]. Elle est de l'essence du brevet et se traduit concrètement par l'obligation de détailler l'état de la technique, une description de l'invention et des revendications qui en sont l'objet[2479], sous peine de rejet de la demande[2480]. La valeur informationnelle du brevet est perceptible à différents égards.

En premier lieu, la divulgation de l'information protégée par le brevet facilite la diffusion de la connaissance et le développement de l'innovation incrémentale. Cet aspect est renforcé par la mise à disposition de bases de données recensant les brevets[2481] dont la consultation est simple et rapide[2482].

En second lieu, le brevet représente une source d'informations stratégiques permettant aux opérateurs d'assurer une veille technologique et d'identifier les tendances, les technologies alternatives, les nouveaux concurrents et experts[2483], de trouver des partenaires potentiels et d'analyser les opportunités d'investissements, soit par le biais de concession de licence, soit par la constitution de joint-venture ou d'autres moyens de concentration, etc…[2484]

[2478] N. Binctin, « Droit de la propriété intellectuelle », LGDJ Lextenso éditions, 3ème éd., 2014, n°401, p.247 ; voir également J.-P. Clavier, « La protection par brevet des inventions biotechnologiques : le procès du système de brevet », in Copyright \ Copywrong - Actes du Colloques \ Le Mans \ Nantes \ Saint Nazaire, Février 2000, Edition MeMo 2003

[2479] Articles L.612-2, L.612-5 et L.612-6 du CPI et articles 78, 83 et 84 CBE (Convention sur le Brevet Européen)

[2480] Article L.612-12 CPI + article 90 CBE s'il n'a pas été remédié aux irrégularités constatées

[2481] Brevets nationaux, européens ou américains, et peut-être bientôt le brevet unitaire cf https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start_fr.html disponible au 5 novembre 2018

[2482] F. de Visscher, « Intérêt général et brevets d'invention : quelques réflexions à propos d'évolutions législatives », in M. Buydens et S. Dusollier (sous dir.) « L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle » - Colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles - Université d'Europe, Ed° Bruylant, 2008

[2483] S. Mbongui-Kialo Sylvain, « Le brevet : un outil de communication au service de l'innovation », Revue internationale d'intelligence économique, 2012/2 Vol 4, p. 175

[2484] M. Oubrich et R. Barzi, « Le brevet comme source d'information stratégique : cas de l'activité inventive au Maroc », Revue internationale d'intelligence économique, 2012/2 Vol 4, p. 205, citant p.209 M.-J. Shih., D.-R. Liu, M.-L. Hsu, « Discovering Competitive Intelligence by Mining Changes in Patent Trends », Expert Systems with Applications 37, 2010, p.2882 et W. Barroso, L. Quoniam, E. Pacheco, « Patents as Technological Information in Latin America », World Patent Information 31 (3), p. 207 ; voir également S. Petzold et V. Barbat, « Le potentiel informationnel du brevet : un levier d'orientation marché pour l'entreprise de haute technologie », Revue internationale d'intelligence économique, 2013/1 Vol. 5, p. 71, particulièrement p.74-75

521. Parallèlement à la reconnaissance de l'intérêt informationnel du brevet, s'est faite jour une contestation de plus en plus large du bien-fondé de la propriété intellectuelle en général[2485] et du droit des brevets en particulier[2486]. Ce mouvement, particulièrement virulent aux Etats-Unis a notamment pour origine la qualité variable des brevets octroyés par l'office américain des brevets (USPTO)[2487], conduisant à faire bénéficier d'un droit exclusif des éléments qui s'avèrent ne pas répondre *in fine* aux conditions de brevetabilité. Face au mouvement de contestation, certains auteurs se sont interrogés sur le maintien de l'existence des droits[2488] ainsi que sur leurs modalités. Si l'anéantissement du droit des brevets ne semble pas à l'ordre du jour, une adaptation de leur durée a été évoquée[2489]. Cette démarche ne serait toutefois pas sans poser des difficultés : modifier la durée statutaire du brevet impliquerait de prévoir un régime différent pour un même titre selon les secteurs d'activité, posant la question des critères de détermination de cette durée et de la délimitation des domaines d'application. Devançant les éventuelles modifications de régime devant être décidées par le législateur, certains opérateurs économiques ont choisi d'envisager une exploitation novatrice du droit de brevet.

522. Cela s'est traduit par le choix d'agents économiques « d'ouvrir » leur portefeuille de brevets[2490]. Cette ouverture signifie que, non seulement la connaissance résultant du brevet est divulguée *via* le titre détaillant l'invention, mais encore que l'usage de la connaissance est désormais autorisé, sans restriction. En réalité, plus qu'une autorisation, l'opérateur s'engage à ne pas interdire l'utilisation de l'invention. D'une logique de réservation de l'usage de l'information, le droit de brevet évolue vers une nouvelle philosophie d'ouverture au bénéfice

---

[2485] M. Boldrin & D. K. Levine, « Against intellectual monopoly », Cambridge University Press, 2008

[2486] *Ibid.*.

[2487] F. Schuett, « Patent Quality and Incentives at the Patent Office », The RAND Journal of Economics, vol. 44, n° 2, p. 313, disponible sur le portail https://www.jstor.org/stable/43186420 ; voir également A. Lemley and C. Shapiro, « Probabilistic Patents », Journal of Economic Perspectives—Vol. 19, n°2 – Printemps 2005, p.75

[2488] T. Schrepel, « Les brevets : un mal nécessaire ? Étude d'une possible remise en cause », Le Concurrentialiste - Juillet 2014
2

[2489] T. Schrepel, « Réflexions sur la durée optimale des brevets : un régime au service de l'innovation ? », Prop. Ind. n° 5, Mai 2017, étude 13

[2490] C'est notamment le cas de la NASA cf http://www.numerama.com/sciences/169650-la-nasa-partage-son-savoir-faire-en-liberant-une-partie-de-ses-brevets.html disponible au 5 novembre 2018, et des constructeurs automobiles Toyota cf https://media.toyota.fr/toyota-prepare-lavenement-de-la-voiture-a-hydrogene-en-mettant-gracieusement-a-disposition-des-milliers-de-brevets-lies-aux-piles-a-combustible/ disponible au 5 novembre 2018, voir également https://www.lesechos.fr/07/01/2015/LesEchos/21850-074-ECH_toyota-offre-ses-brevets-pour-populariser-les-voitures-a-hydrogene.htm disponible au 5 novembre 2018 ; Tesla cf https://www.tesla.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you disponible au 5 novembre 2018et Ford https://www.zdnet.fr/blogs/l-esprit-libre/voitures-electriques-apres-tesla-et-toyota-ford-ouvre-ses-brevets-39820030.htm disponible au 5 novembre 2018

des libertés économiques. Un tel changement n'est pas sans poser des questions pratiques et juridiques (**§1**) ainsi que d'opportunité économique (**§2**), interrogeant *in fine* sur la qualification d'un tel changement de paradigme.

§1 – Les conditions de la divulgation d'un portefeuille de brevets

523. Plusieurs grandes entreprises disposant de ressources considérables et de départements internes de recherche et développement importants ont récemment décidé « d'ouvrir » leur portefeuille de brevets. Une telle annonce n'a pas été sans provoquer des critiques[2491] d'observateurs opposés à une telle « dilapidation » des actifs immatériels. Loin d'être une décision erratique, ce choix est porteur d'un renouvellement dans l'appréhension du droit de brevet favorable aux libertés économiques. Il s'accompagne toutefois de multiples interrogations tenant à la qualification de cette « ouverture », tant juridique que pratique (**A**) que de ses conséquences qui doivent être appréciées à l'aune de l'engagement précédemment qualifié (**B**).

A/ L' « ouverture » des brevets à la recherche d'une qualification

524. La qualification juridique de « l'ouverture » des brevets. Un brevet se définit comme un titre portant sur une invention répondant aux exigences de nouveauté, d'application industrielle et d'activité inventive, octroyé à l'issu de l'examen de ces critères par un office national ou régional *ad hoc*[2492]. Pratiquement, un brevet se divise en plusieurs parties[2493] : tout d'abord, une description précisant le domaine technique de l'invention, l'état de la technique antérieure, l'invention proprement dite ainsi qu'un mode de réalisation et l'indication de la manière dont l'invention est susceptible d'application industrielle[2494], ensuite, les

[2491] Voir dans le cas de Tesla : Ph. Totaro, « In Defense of IPR: The Timing of the Tesla Move will Diminish The Company's Value », 19 juin 2014, http://www.greenpatentblog.com/2014/06/19/in-defense-of-ipr-the-timing-of-the-tesla-move-will-diminish-the-company%E2%80%99s-value/ disponible au 5 novembre 2018 ; également https://www.techdirt.com/articles/20150217/06182930052/elon-musk-clarifies-that-teslas-patents-really-are-free-investor-absolutely-freaks-out.shtml?utm_term=%23oa&utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter disponible au 5 novembre 2018

[2492] L'INPI en France, l'OEB pour le brevet européen, l'USPTO aux Etats-Unis

[2493] S. Petzold et V. Barbat, « Le potentiel informationnel du brevet : un levier d'orientation marché pour l'entreprise de haute technologie », précité

[2494] Voir les indications de l'inpi sur les différentes parties d'un brevet https://www.inpi.fr/sites/default/files/formulaire_brevet_170202.pdf disponible au 5 novembre 2018

revendications qui définissent précisément l'objet de la protection conférée par le brevet[2495]. Il n'est pas nécessaire pour l'inventeur d'obtenir un brevet pour exploiter son invention. Il s'agit davantage d'un droit d'interdire aux tiers : le titre peut être opposé à quiconque reproduirait les revendications protégées sans l'accord préalable de son titulaire. Il convient en conséquence de s'interroger sur la manière d'« ouvrir » des brevets compte tenu de ce contexte. Deux éléments doivent être examinés à cette fin : le cadre de l'engagement pris par les opérateurs et le processus d' « ouverture » mis en œuvre.

525. L'engagement d'« ouverture ». A l'instar des sociétés Tesla Motors, Toyota ou de la NASA, les opérateurs, ayant fait valoir leur volonté d' « ouvrir » leur portefeuille de brevets, ont procédé par voie de déclaration[2496]. Si l'engagement pris a été décrit comme le « libre accès » aux portefeuilles de brevet[2497], il consiste en réalité en un renoncement à agir en contrefaçon à l'encontre d'opérateurs qui exploiteraient la technologie décrite dans les brevets « ouverts ». En d'autres termes, le breveté prend l'engagement unilatéral de ne pas intenter d'action en contrefaçon. Le renoncement à un droit ne se présumant pas[2498], il est impératif que les titres auxquels se rapporte une telle démarche soient expressément détaillés, dans un document aisément accessible aux agents qui souhaiteraient pouvoir faire usage des brevets en cause. Il aurait été bienvenu à cet égard que les déclarations des titulaires de droits s'accompagnent d'un renvoi direct vers une liste exhaustive des brevets concernés. La question se pose notamment dans le cas de Tesla qui a fait une annonce générale sur son blog évoquant l'ensemble de son portefeuille de brevets[2499], sans préciser le sort des demandes de brevets pendantes ainsi que des demandes de brevet à venir[2500]. Doit-on raisonner par analogie et considérer que tout nouveau brevet obtenu serait automatiquement réputé « ouvert » ? Une telle interprétation nous paraît audacieuse dans la mesure où le renoncement doit être exprès. Il faut, à notre sens, se garder d'une telle présomption, mais plutôt requérir

[2495] Décrites comme les « caractéristiques techniques constitutives de l'invention » cf le formulaire brevet – Inpi ; article L.612-6 du CPI

[2496] Par voie de presse, *via* leur blog cf https://www.tesla.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you?redirect=no disponible au 5 novembre 2018

[2497] C. Quatravaux, « Des brevets en accès libre pour accélérer la R&D », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2015, alerte 89

[2498] Si la renonciation n'est soumise à aucune condition de forme particulière, encore faut-il qu'elle soit certaine, non équivoque cf Cass. Civ 2ème 20 juin 2002, Bull. Civ. II, n° 138

[2499] « *All our patent* », cf cf Elon Musk, CEO, "All Our Patent Are Belong To You", 12 juin 2014, précité

[2500] Il ne semble en effet pas question que Tesla cesse de déposer des brevets et mette dans le domaine public les résultats de ses recherches cf N. W. Lucek, « Take Off Every Zig: The Risk in Tesla's "All Our Patent Are Belong to You" Message », July 11th, 2014, disponible au 18 août 2018 à l'adresse : https://www.cleanandgreenlaw.com/2014/07/11/tesla-patents/ , accessible *via* le cache google au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H43K7t7-74cJ:https://www.cleanandgreenlaw.com/2014/07/11/tesla-patents/+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr

une mise à jour régulière de la liste des titres concernés afin que les opérateurs soient assurés que l'engagement du titulaire s'applique.

526. Le mécanisme d'« ouverture ». Le brevet porte en lui, à travers la description de l'invention et le détail des revendications, l'essence d'une information protégée qui est communiquée *via* la publication du titre. En d'autres termes, la divulgation est inhérente à l'octroi du brevet. « L'ouverture » proposée ne concerne donc pas l'information en elle-même, mais son usage. Renonçant au droit d'interdire, les opérateurs s'engagent à ne pas intenter d'action en contrefaçon à l'égard de tiers qui exploiteraient l'invention protégée par un brevet. Cette démarche s'apparente à une licence à titre gratuit : les tiers sont autorisés à utiliser la technologie brevetée sans verser de redevances. Il s'agit alors d'une licence non écrite[2501], ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés. Outre les aspects pratiques, notamment de délimitations temporelle et territoriale de l'autorisation qui ne sont pas définies, ce mécanisme est susceptible d'entrer en conflit avec certaines règlementations internes. Ainsi, l'article L613-8 du code de la propriété intellectuelle requiert qu'une licence de brevet fasse l'objet d'un écrit sous peine de nullité[2502]. Il s'agit toutefois d'une nullité relative[2503] qui ne peut être invoquée que par les parties. Dans les faits, seul le concédant pourrait avoir un intérêt à invoquer cette nullité[2504] afin de retourner à un système de licences « payantes ». Une telle hypothèse se trouvant en contradiction directe avec l'engagement d'ouverture, il est possible de s'interroger sur le sort qui pourrait lui être réservé[2505].

Dans le cas de la société Tesla Motors, il existe une subtile restriction énoncée dans la déclaration d'intention : Tesla « met à disposition » ses brevets à condition que leur usage soit effectué « *de toute bonne foi* »[2506]. Cette précision voulue comme un garde-fou afin de préserver le droit du titulaire à agir dans l'hypothèse où l'exploitation du brevet serait contraire à une concurrence loyale, apparaît comme une limite générale et non précisément

[2501] Cette analyse n'est cependant pas systématique : il en va ainsi de la société Ford qui annonce ouvrir son portefeuille de brevets, mais sous des conditions « traditionnelles » de concession de licence. La seule nouveauté pourrait être dans ce cas, l'engagement de concéder une licence à toute personne qui en ferait la demande.
[2502] Article L.613-8 du CPI, dernier alinéa : « *Les actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers alinéas, sont constatés par écrit, à peine de nullité.* »
[2503] TGI Paris 3ème chambre, 27 juin 2003,J-P Lyonnard c/ Kolys SARL, PIBD 2003, 775.III. 567 ; Propr. ind. n°5 mai 2004, comm. 37, note Raynard
[2504] On imagine mal un opérateur bénéficiant d'une licence à titre gratuit invoquer la nullité du contrat
[2505] Voir *infra* n°529 et suivants
[2506] « in good faith » cf Elon Musk, CEO, "All Our Patent Are Belong To You", 12 juin 2014, https://www.tesla.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you : « *Tesla n'entamera donc aucune poursuite judiciaire pour défendre ses brevets contre ceux qui veulent**, de toute bonne foi**, utiliser notre technologie*. » (Nous soulignons)

définie, éminemment subjective. Cette condition, dépendant de la seule appréciation du titulaire de droits, est susceptible d'être qualifiée, en droit interne, de potestative au sens de l'ancien article 1174 du code civil, désormais article 1304-2 du code civil, sanctionnée par la nullité. En tout état de cause, elle introduit une insécurité juridique de nature à freiner les velléités des concurrents de profiter de l'opportunité d'une licence gratuite dans la crainte de subir une action en contrefaçon imprévisible. Le PDG de Tesla, Monsieur Elon Musk, a souhaité rassurer sur la portée de l'exigence de bonne foi[2507] en faisant valoir qu'elle n'engendrait pas de restriction à l'utilisation des brevets. Il n'en reste pas moins qu'une incertitude perdure sur la portée de l'engagement pris par le breveté..

527. La qualification de l'engagement. Il importe d'envisager l'étendue de l'engagement du titulaire de brevets et de s'interroger sur les conséquences d'un éventuel revirement de sa part. La valeur contraignante de l'engagement est ici en question. Le renoncement des brevetés à agir en contrefaçon à l'égard de quiconque exploiterait les droits de propriété intellectuelle, est fondé sur la liberté contractuelle et constitue un engagement unilatéral de volonté qui se définit comme « *un acte juridique unilatéral générateur d'obligations* »[2508]. La force obligatoire de ce type d'engagement discutée par le passé[2509], est désormais consacrée par le nouvel article 1100-1 du code civil issu de la réforme du droit des contrats[2510]. Celle-ci lui applique expressément les « *règles qui gouvernent les contrats* »[2511].

[2507] N. W. Lucek, « Take Off Every Zig: The Risk in Tesla's "All Our Patent Are Belong to You" Message », précité : « *At this point, it's still not totally clear what Tesla considers to be "good faith." Musk indicated Tesla was "looking for common sense and fairness." As an example, Musk clarified that Tesla does not want a competitor to mimic Tesla's cars or to trick consumers into thinking a competitor's car is actually a Tesla car. Aiming to provide some additional clarification, Musk also said that Tesla is open to simple agreements with companies worried about what freely using Tesla's patents "in good faith" actually means.* » ; voir également les propos d'E. Musk repris dans l'article suivant : https://www.techdirt.com/articles/20150217/06182930052/elon-musk-clarifies-that-teslas-patents-really-are-free-investor-absolutely-freaks-out.shtml?utm_term=%23oa&utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter disponible au 5 novembre 2018

[2508] J.-L. Aubert et S. Gaudemet, « Répertoire de droit civil », Dalloz, janv. 2018 n°5 à 53

[2509] *Ibid.*. spécialement n°19 à 34

[2510] Article 1100-1 du code civil créé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats*. ». Le rattachement de l'engagement unilatéral de volonté à la catégorie des actes juridiques apparaissant expressément dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui précise que : « ***L'article 1100-1 définit en son premier alinéa la notion d'acte juridique. Ce texte, en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté****, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci. En outre, le second alinéa rappelle que la validité et les effets des actes juridiques, unilatéraux comme conventionnels, relèvent, « en tant que de raison », des règles gouvernant les contrats (c'est-à-dire dans la mesure où ces règles ont du sens pour ces catégories d'actes).* » [nous soulignons]

[2511] Article 1100-1 al 2 du code civil, précité

528. La durée de l'engagement. A défaut de précision, il s'agit d'un engagement à durée indéterminée susceptible d'être remis en cause à tout moment, sous réserve d'un préavis suffisant. La durée du préavis est toujours délicate à apprécier et laisse en tout état de cause le licencié assumer la charge d'investissements effectués en vue de l'exploitation de la technologie brevetée, désormais inutiles. Face à une telle incertitude, source de risques financiers et juridiques, les concurrents du breveté pourraient décider de ne pas faire usage des brevets proposés. La tentative « d'ouverture » se retrouverait sans effet. Il est donc plus que souhaitable que les brevetés déterminent expressément la durée de leur engagement, qu'il s'agisse d'une durée fixe (x mois ou années) ou d'une durée variable correspondant à la durée de validité propre à chaque titre. De cette manière, les licenciés potentiels sont à même de déterminer s'il est dans leur intérêt de réaliser les investissements nécessaires à la mise en œuvre de la technologie proposée.

529. Contradiction et estoppel. Cette réflexion doit être complétée par l'analyse de l'hypothèse dans laquelle le titulaire de droit intenterait une action en contrefaçon à l'égard d'un concurrent en contradiction flagrante avec ses déclarations. Cette appréciation dépend du droit au regard duquel sont examinés la valeur de l'engagement et le comportement du breveté. Nous pouvons évoquer, à cet égard, les conditions dans lesquelles l'interdiction de se contredire est susceptible de s'appliquer à ce cas de figure en droit français et en droit anglo-saxon qui retient la doctrine de l'*estoppel*.

530. L'*estoppel* est un principe aux contours indéfinis concernant plusieurs situations[2512]. Le *promissory estoppel*[2513] ou l'*estoppel by representation*[2514] prône l'interdiction à une personne de se contredire, dès lors que d'autres opérateurs ont été invités à compter sur l'existence de certains éléments à la suite du comportement ou de déclarations de cette personne[2515]. En particulier, la théorie de l'*estoppel* peut permettre de valider un engagement dès lors qu'un interlocuteur a laissé croire qu'il s'engageait à quelque chose[2516]. Concrètement, deux éléments doivent être examinés : le changement de position d'une partie et la confiance faite à

[2512] C. Amato, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », Revue des contrats - n°1, janvier 2013, p.351
[2513] *Ibid.*.
[2514] C. Maréchal, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », Recueil Dalloz 2012 p.167
[2515] F.-X. Testu, Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010, Titre 1 – Chapitre 15 - Section 2 - Théorie de l'estoppel du droit anglo-saxon, pt 15.03
[2516] *Ibid..,* pt 15.04

cette partie par celui qui invoque l'*estoppel*[2517]. En d'autres termes, il est nécessaire pour que l'*estoppel* soit retenu qu'une véritable contradiction de comportements soit avérée et engendre un avantage au profit de la partie faisant preuve d'une telle inconstance d'une part, et que, d'autre part, cette inconstance soit la source d'un préjudice pour l'opérateur qui a agi en fonction de la déclaration initiale de son interlocuteur[2518]. Face à la promesse de Tesla « d'ouvrir » son portefeuille de brevets, certains commentateurs américains[2519] se sont interrogés sur l'application de l'*estoppel* à cette annonce, considérant, tour à tour, que son caractère trop vague faisait obstacle à ce qu'une confiance légitime puisse être portée à cette déclaration[2520], ou qu'elle est suffisante pour induire en erreur une entreprise souhaitant exploiter ses brevets et qui aurait engagé des investissements à cette fin[2521]. La solution ne semble ainsi pas certaine. Un auteur[2522] fait également valoir la question de la pérennité de l'engagement de Tesla en cas de vente des brevets, volontairement ou à l'issue d'une procédure collective. Le tiers acquéreur serait-il tenu par la renonciation de Tesla ? Il nous semble à cet égard qu'aucune obligation de cette sorte n'est inhérente aux brevets de Tesla et qu'elle devrait faire l'objet d'une stipulation expresse dans la cession, à défaut de laquelle le cessionnaire ne pourrait être juridiquement tenu de son respect[2523].

531. En droit interne[2524], la théorie de l'estoppel a progressivement été intégrée à notre système juridique après une introduction *via* l'arbitrage[2525], puis le droit processuel[2526] et enfin la matière contractuelle. Son influence latente est perceptible à travers les réflexions

[2517] C. Maréchal, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », précité
[2518] *Ibid.*.
[2519] B. Greenberg, « Tesla encourages free use of its patents—but will that protect users from liability? », JUNE 13, 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://concurringopinions.com/archives/2014/06/tesla-encourages-free-use-of-its-patents-but-will-that-protect-users-from-liability.html ; N. W. Lucek, « Take Off Every Zig: The Risk in Tesla's "All Our Patent Are Belong to You" Message », précité
[2520] B. Greenberg, « Tesla encourages free use of its patents—but will that protect users from liability? », précité
[2521] N. W. Lucek, « Take Off Every Zig: The Risk in Tesla's "All Our Patent Are Belong to You" Message », précité
[2522] B. Greenberg, « Tesla encourages free use of its patents—but will that protect users from liability? », précité
[2523] En revanche, l'impact d'un tel revirement vis-à-vis de la réputation pourrait être un argument de poids
[2524] Pour une présentation détaillée, voir M. Goubinat, « Les principes directeurs du droit des contrats », thèse sous la direction du Professeur S. BROS, soutenue le 3 février 2016, Université de Grenoble Alpes
[2525] Cass Civ 1ère 6 juillet 2005, pourvoi n°01-15.912, Bull Civ I n° 302 p. 252, cité par M. Goubinat, « Les principes directeurs du droit des contrats », précité
[2526] Ass. plén., 27 févr. 2009, pourvoi n° 07-19.841, Bull. Ass. plén., n°1 :« *Attendu que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* ». Ainsi l'estoppel peut justifier une fin de non-recevoir, sous certaines conditions toutefois, en particulier l'existence d'une contradiction au cours d'une même instance ; voir également Cass civ 1ère 3 février 2010, n° pourvoi 08-21.288, Bull Civ I n°25 et Cass Com 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, Bull Civ IV n° 132, cités par M. Goubinat, « Les principes directeurs du droit des contrats », précité ; ainsi que D Houtcieff, « Principe de cohérence : au commencement était le verbe… », Jcp G 2014, 1141, commentaire de Cass Civ 1ère 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534

menées pour réformer le droit des contrats. Il en était ainsi dans les principes Unidroit[2527] posant comme règle l'interdiction de se contredire ainsi que dans la proposition de réforme du droit des contrats sous l'égide de l'académie des sciences morales et politiques[2528]. Si la jurisprudence a consacré la théorie de l'estoppel à la française en matière procédurale, elle rattache le principe prohibant la contradiction à l'obligation de loyauté inhérente à la pratique contractuelle[2529]. La Cour de cassation[2530] a ainsi retenu, au visa de l'article 1134 alinéa 3[2531] exigeant l'exécution des conventions de bonne foi[2532], que la Cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses constatations face à une banque revendiquant le bénéfice d'une convention d'unité de compte alors qu'elle avait adopté un comportement incompatible avec cette convention en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants.

532. Sanction de la contradiction. L'hypothèse étudiée est à la frontière entre la matière contractuelle et l'engagement procédural dans la mesure où il s'agit de la promesse de ne pas intenter d'action. Cette nature hybride se ressent sur les conséquences envisagées. Si l'on considère l'action en contrefaçon du breveté comme une inexécution de son obligation de ne pas agir, elle est génératrice de responsabilité contractuelle justifiant la mise en œuvre de sanctions énumérées par l'article 1217 du code civil[2533]. A cet égard, seules l'exécution forcée et la demande de réparation sont, de prime abord, concevables[2534]. Leur analyse fait cependant rapidement apparaître leurs limites. D'une part, l'exécution forcée d'une obligation de ne pas faire finalement réalisée, est impossible[2535] et doit être écartée[2536]. D'autre part, l'allocation de

[2527] Article 1.8 introduit dans la version 2004 et repris dans les versions postérieures des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, intitulé « interdiction de se contredire » ou « inconsistent behaviour » : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* » cf https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016 disponible au 5 novembre 2018 , principe cité également par S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, « Droit des contrats », Recueil Dalloz 2005 p.2836

[2528] F. Terré (sous dir.), « Pour une réforme du droit des contrats », éd. Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, 2008, article 6

[2529] Ch. Boillot, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD Com. 2010 p.243

[2530] Cass Com 8 mars 2005, Fibronique c/ Banque Leumi, pourvoi n° 02-15.783, Bull Civ IV n° 44 p.48

[2531] Devenu l'article 1104 du code civil depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

[2532] D. Legeais « Convention d'unité de compte. Interdiction pour la banque de se contredire dans la mise en oeuvre de la convention », RTD Com. 2005 p.397

[2533] Refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; obtenir une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution.

[2534] La résolution du contrat ou l'exception d'inexécution étant respectivement sans intérêt ou inapplicable pour le créancier de l'obligation de ne pas intenter d'action en contrefaçon

[2535] En l'espèce, le désistement d'une action en contrefaçon ne peut s'assimiler à la renonciation à agir, objet de l'obligation de ne pas faire

dommages et intérêts[2537] ne présente, quant à elle, qu'un faible intérêt pour l'opérateur qui devra, non seulement intenter une action pour obtenir réparation, mais également faire face en parallèle à l'interdiction de proposer les produits fabriqués grâce la technologie initialement licenciée, désormais visés par l'action en contrefaçon . A notre sens, la sanction la plus adéquate serait une fin de non-recevoir[2538], ainsi que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'a admis en matière procédurale[2539]. Cette solution porte une atteinte certaine au droit d'agir en justice[2540]. Pour autant, elle nous paraît la plus appropriée en ce qu'elle tire les conséquences d'un engagement de ne pas intenter d'action en contrefaçon qui doit être précisément circonscrit[2541] et pris en pleine connaissance de cause. Cette exigence d'une définition stricte de la renonciation à agir va de pair avec la volonté d'une « ouverture » contrôlée » des brevets.

B/ L'« ouverture » contrôlée des brevets

533. Le contrôle exercé par les brevetés sur l' « ouverture » envisagée de leur portefeuille se traduit par des caractéristiques générales pour toutes les démarches similaires, et des caractéristiques propres à chaque engagement.

534. Un contrôle général de l' « ouverture des brevets ». Il existe un moyen simple pour que toute personne intéressée par une technologie puisse en faire usage sans aucune restriction : il suffit que l'invention tombe dans le domaine public. S'agissant d'innovations protégées par un brevet, celles-ci appartiennent naturellement au domaine public à l'issue de la période de protection, généralement de vingt ans[2542]. Ce phénomène peut également avoir lieu de manière anticipée si le titulaire s'abstient de payer les redevances requises

---

[2536] Article 1221 du code civil

[2537] Article 1231-1 du code civil (anciennement articles 1143 et 1145 du code civil) cf Cass Civ. 1ère 31 mai 2007, Bull. civ. I, n° 212 : « *en application de l'article 1145 du code civil, si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention* » ; voir également Ch. Boillot, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », précité

[2538] D. Houtcieff, « Quelle sanction pour la contradiction ? », rldciv n°18 juillet-août 2005, Actualités – Eclairage Contrat n°720 p.5, comm. de Cass. Com. 8 mars 2005, pourvoi n° 02-15.783 ; S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, « Droit des contrats », Dalloz 2005 p.2836 ; Ch. Boillot, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », précité

[2539] Ass. plén., 27 févr. 2009, pourvoi n° 07-19.841, Bull. Ass. plén., n°1, précité

[2540] Consacré par l'article 6 CEDH

[2541] Ch. Boillot, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », précité

[2542] Voir à cet égard l'article L.611-2 du CPI

périodiquement[2543] par l'organisme de délivrance des titres de propriété intellectuelle pour le maintien des droits. Or, plutôt que de choisir cette option ayant le mérite de la simplicité et d'une ouverture véritable et sans aucune condition, les opérateurs ont préféré maintenir en vigueur leurs droits de brevets et offrir une licence gratuite à tout utilisateur potentiel, dénotant un contrôle du processus et de l'objet de l' « ouverture »

535. La volonté de conserver cette maîtrise ressort également de la pratique de dépôts ultérieurs à la déclaration d'« ouverture » des portefeuilles de brevet. Compte tenu de l'engagement pris, il n'eût pas paru surprenant que les titulaires de droits décident de ne pas déposer de brevets sur les inventions incrémentales aux technologies « ouvertes ». Pour autant, c'est la solution inverse qui a expressément été retenue par les titulaires[2544]. L'argument de la société Tesla à cet égard interroge. Elle fait valoir[2545] que sa politique de dépôt de brevets a pour vocation de protéger ses technologies contre des manœuvres frauduleuses d'opérateurs mal intentionnés qui pourraient avoir des velléités de demander des titres sur leurs inventions en fraude aux droits de l'inventeur. Si cette position apparaît cohérente de prime abord, elle fait fi de particularités propres au droit de brevet. Une invention ne peut être qualifiée comme telle et bénéficier de la protection conférée par un brevet que si elle répond à la triple condition de nouveauté, de caractère inventif et d'application industrielle. En conséquence, si une innovation est divulguée, elle perd la caractéristique de nouveauté et ne peut plus faire l'objet d'un brevet[2546]. Dans cette perspective, la protection recherchée par Tesla perd de son sens : il lui suffirait de divulguer largement ses innovations pour qu'elles ne puissent faire l'objet d'un dépôt par un tiers. Elle se comprend néanmoins en raison du système américain des brevets dont la qualité a été discutée[2547] et qui ne connaissait pas de procédure d'opposition jusqu'en 2011[2548], la remise

[2543] Article L.612-19 du CPI – redevances annuelle en France, périodiques au Etats-unis (lors des 3ème, 7ème et 11ème année) cf https://www.inpi.fr/sites/default/files/fiche_pi_-_etats-unis_version_inpi_2016-09-27_0.pdf disponible au 5 novembre 20118

[2544] Aucune des sociétés évoquées (Tesla, Toyota, Ford et la NASA) n'ont choisi cette option

[2545] N. W. Lucek, « Take Off Every Zig: The Risk in Tesla's "All Our Patent Are Belong to You" Message », précité

[2546] Il existe seulement deux hypothèses où la divulgation d'une invention ne lui fait pas perdre son caractère de nouveauté : lorsque la divulgation a lieu sans le consentement de l'inventeur (articles L.611-13 du CPI et 55 CBE) ou lorsque l'inventeur présente son innovation lors d'une exposition officielle dont la liste est publiée dans le journal officiel de l'OEB. Dans ces deux cas, l'inventeur bénéficie d'un délai de grâce de six mois pour présenter une demande de brevet.

[2547] F. Schuetty, « Patent Quality and Incentives at the Patent Office », October 2012, précité ; voir également M. A. Lemley and C. Shapiro, « Probabilistic Patents », précité

[2548] Le Leahy-Smith America Invents Act du 16 septembre 2011 a introduit deux procédures d'opposition mais qui ne peuvent être engagées qu'après la délivrance du titre ; http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=10522 disponible au 5 novembre 2018

en cause du titre nécessitant en conséquence d'ester en justice. Compte tenu de ces limites, il n'apparaît pas impossible qu'un brevet puisse être déposé en fraude aux droits de l'inventeur. Il serait alors plus pragmatique économiquement de déposer une demande de brevet et de payer les redevances afférentes en concédant à tout opérateur intéressé une licence gratuite, plutôt que de risquer de devoir engager une action à l'égard de dépôts frauduleux. Au-delà de ce choix, qui permet de garder un contrôle sur ses technologies, chaque titulaire offrant des brevets « ouverts » maintient une certaine surveillance de ses droits à travers les conditions dans lesquelles s'effectue cette « ouverture ».

536. Des contrôles spécifiques de l' « ouverture » des brevets. Le premier contrôle concerne l'objet de l' « ouverture ». En effet, seule la société Tesla présente sa démarche comme concernant l'ensemble de son portefeuille de brevets[2549]. Les autres sociétés ayant un projet similaire précisent les technologies concernées par cette « ouverture ». Cette différence se comprend dans la mesure où, Tesla mis à part, ces opérateurs développent des innovations dans des domaines parfois très différents et souhaitent conduire une politique de propriété intellectuelle adaptée à chaque secteur. Toyota limite ainsi l'autorisation d'usage de ses brevets aux titres concernant les voitures avec une pile à hydrogène et ses systèmes connexes, sans que ses technologies sur les autres types de véhicules soient concernées. Il en va de même de la NASA qui circonscrit le domaine des brevets « ouverts » aux procédés de fabrication de capteurs, processus de propulsion, tuyères de fusée, propulseurs et procédés d'amélioration de la sécurité et de la performance des fusées[2550]. Il en résulte que, sauf exception, « ouverture » des brevets ne signifie pas « ouverture » de l'ensemble du portefeuille de l'entreprise, mais seulement de titres précisément identifiés.

Le contrôle spécifique exercé par les titulaires est, ensuite, fonction de chaque opérateur, et de chaque technologie. La durée de l'autorisation d'usage est variable : certains brevetés décident qu'elle a vocation à s'appliquer pour la durée des droits ; d'autres préfèrent fixer un terme prédéfini[2551]. L'engagement d' « ouverture » est multiforme, y compris au sein d'une

[2549] « *All our patent* », cf cf Elon Musk, CEO, "All Our Patent Are Belong To You", 12 juin 2014, précité
[2550] J. Lausson, « La nasa partage son savoir-faire en libérant une partie de ses brevets », 12 mai 2016, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.numerama.com/sciences/169650-la-nasa-partage-son-savoir-faire-en-liberant-une-partie-de-ses-brevets.html
[2551] Voir l'exemple de Toyota détaillé par C. Quatravaux, in « Des brevets en accès libre pour accélérer la R&D », précité : « *Toyota a décidé de partager les brevets de sa Miraï, son véhicule fonctionnant à l'aide d'une pile à combustible. Pendant cinq ans, ce sont ainsi 5 600 brevets relatifs à la pile à combustible et ses systèmes connexes qui seront accessibles à tous dont 1 970 de ces brevets liés à la pile à hydrogène, 290 associés aux réservoirs d'hydrogène sous pression, 3 350 dédiés aux logiciels de gestion du système de pile à combustible et*

même entreprise. Certains brevetés optent enfin pour des modalités d'exploitation extrêmement classiques[2552]. L'autorisation d'usage des brevets présentés comme « ouverts » passe alors par la conclusion de licences prévoyant le versement de redevances. Cette démarche n'a alors d' « ouverte » que le nom.

§2 – L'opportunité économique de l' « ouverture » d'un portefeuille de brevets

537. La démarche consistant à proposer une licence de tout ou partie de son portefeuille de brevets à titre gratuit est principalement visible dans deux secteurs : l'industrie automobile et plus particulièrement les véhicules alternatifs aux carburants non carbonés et l'industrie aérospatiale. Bien que le P-DG de Tesla, Monsieur Elon Musk, ait récemment démontré que les deux domaines pouvaient se combiner[2553] par le lancement vers la planète mars d'une voiture Tesla Roadster avec le lanceur Falcon Heavy de sa société SpaceX le 6 février 2018[2554], les interactions entre ces technologies semblent *a priori* limitées. Les points communs résultent davantage des domaines d'application : il s'agit de secteurs en expansion, faisant face à l'introduction de nouveaux acteurs[2555]. Ce contexte particulier constitue sans doute l'un des facteurs à l'origine de la décision d' « ouvrir » des brevets. En effet, ces nouveaux acteurs proposent de nouvelles technologies ou se présentent comme des partenaires alternatifs pour des technologies existantes. Le choix de proposer des licences

---

70 à la production et à la distribution d'hydrogène. Les brevets relatifs aux piles à combustible à hydrogène seront disponibles jusqu'à fin 2020, tandis que ceux concernant la production et la distribution d'hydrogène le resteront sans limitation de durée. »

[2552] Voir l'exemple de Ford détaillé par C. Quatravaux, in « Des brevets en accès libre pour accélérer la R&D », précité : « *Ford quant à lui a ouvert aux autres constructeurs son portefeuille de 650 brevets sur les véhicules électriques et hybrides couvrant un large champ allant notamment des capteurs, aux batteries, à l'analyse du comportement du conducteur et à l'assistance à ce dernier. Mais tandis que Tesla et Toyota ont entrepris cette démarche gratuitement, dans le cas de Ford ce sera payant puisque les constructeurs intéressés devront souscrire une licence auprès du constructeur et s'acquitter d'une redevance.* » ; voir également https://www.zdnet.fr/blogs/l-esprit-libre/voitures-electriques-apres-tesla-et-toyota-ford-ouvre-ses-brevets-39820030.htm précité

[2553] Quoique de manière artificielle, la combinaison des deux industries ayant en l'espèce une vocation essentiellement publicitaire

[2554] S. Rouat, « Falcon Heavy : un lancement triomphal, et une Tesla dans l'espace », 6 février 2018, disponoble au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.sciencesetavenir.fr/espace/falcon-heavy-lancement-inaugural-reussi-pour-la-fusee-de-spacex_119715 ; www.spacex.com/falcon-heavy disponible au 5 novembre 2018

[2555] Qui se trouvent être notamment deux sociétés du même Elon Musk : Tesla Motors pour les véhicules automobiles et SpaceX pour l'aérospatial. Dans ce dernier cas, un autre acteur privé prend son essor : Blue Origin cf J. Lausson, « SpaceX dans le viseur : Blue Origin a lancé et récupéré son lanceur New Shepard », 30 avril 2018, disponoble au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://numerama.com/sciences/363128-spacex-dans-le-viseur-blue-origin-a-lance-et-recupere-son -lanceur-new-shepard.html ; A. Duperron, « L'année prochaine, vous pourrez voyager dans l'espace avec Blue Origin », 23 juillet 2018, disponoble au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://fr.express.live/2018/07/23/lannee-prochaine-vous-pourrez-voyager-dans-lespace-avec-blue-origin

exonérées de redevances apparaît dans ce cadre comme issu d'une philosophie altruiste (**A**) qui ne saurait toutefois cacher des objectifs égoïstes (**B**).

A/ La philosophie altruiste de l' « ouverture » des brevets

538. La filiation revendiquée de l'*Open source*. L' « ouverture » des brevets est présentée comme issue d'une philosophie altruiste dans la logique de l'*Open source*[2556]. Cette référence est particulièrement flagrante dans le cas de Tesla dont le P-DG, Monsieur Elon Musk, cite explicitement ce mouvement pour justifier sa décision[2557] : « *Hier, les brevets Tesla étaient affichés dans le hall de notre siège social de Palo Alto. Ce n'est plus le cas. Ils ont été retirés,* ***dans l'esprit du mouvement open source***[2558] *pour l'avancement technologique des véhicules électriques.* » Afin de conforter les sceptiques, cette filiation explicite se double d'une référence plus subtile directement adressée à la communauté des initiés d'une grande vigilance concernant l'application des droits de propriété intellectuelle aux logiciels, et particulièrement circonspecte sur l'intérêt des brevets en général et des brevets de logiciel en particulier. L'intitulé de la déclaration de Monsieur Elon Musk « *All Our Patent Are Belong To You* », reprend ainsi un « *meme* »[2559] populaire issu du jeu vidéo *Zero Wing* de 1989 traduisant la locution japonaise originale d'un anglais approximatif « *All your base are belong to us* »[2560]. Loin d'être innocente, cette locution a pour objectif d'assoir la légitimité de la démarche de la société Tesla dans un mouvement de mise à disposition de l'information protégée vis-à-vis d'une population avide de partage.

539. La réalité de la filiation de l'*Open source*. La logique des logiciels *Open source*[2561] se caractérise par l'accès à l'information ainsi que par la possibilité de la reproduire, de la modifier et de la diffuser. A l'inverse de la philosophie du « libre », il n'existe pas d'obligation pour l'auteur de modifications d'un logiciel *open source* de soumettre la version modifiée aux mêmes conditions d'exploitation que celle du logiciel originaire[2562]. L'utilisateur d'un logiciel libre se trouve, en quelque sorte, captif de la logique ouverte et doit

---

[2556] Pour des développements sur l'*Open source*, voir *supra* n°488
[2557] Elon Musk, CEO 12 juin 2014 « All Our Patent Are Belong To You », https://www.tesla.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you
[2558] Nous soulignons
[2559] Un Un mème Internet est un « *élément ou un phénomène repris et décliné en masse sur Internet.* » cf https://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A8me_Internet disponible au 5 novembre 2018
[2560] https://en.wikipedia.org/wiki/All_your_base_are_belong_to_us disponible au 5 novembre 2018
[2561] Voir *Supra* n°488
[2562] *Ibid.*

s'y plier dans des conditions identiques à celles lui ayant permis l'accès au logiciel originaire ou à ses versions modifiées subséquentes. Dans *l'open source*, cette obligation n'est pas présente. Suivant ces indications, la mise à disposition des brevets par leur titulaire rejoint effectivement certains aspects de l'*open source*. Elle permet l'accès à l'information composant l'invention, son exploitation et son éventuelle amélioration par le biais de perfectionnements. Dans ce cadre, rien n'oblige l'utilisateur, qui découvrirait de nouvelles applications ou des inventions incrémentales à partir de la technologie « ouverte », à appliquer le même principe de licence gratuite. Il pourrait certes paraître déloyal de requérir du titulaire du brevet originel le versement de redevances pour ces innovations. Le recours à la condition de bonne foi, évoqué par le P-DG de Tesla dans son communiqué[2563] pourrait recevoir ici une application spécifique en justifiant la concession d'une licence réciproque à titre gratuit ou, à tout le moins, avec des redevances réduites compte tenu des économies réalisées par l'accès facilité à la technologie première.

Par ailleurs, tandis que la qualification d'auteur du logiciel *open source* est délicate tant se constitue une masse de contributeurs qui acceptent de mettre à disposition la partie du code dont ils sont à l'origine, la titularité des brevets « ouverts » reste acquise au seul déposant. La logique « propriétaire » qui transparaît ainsi est renforcée par les éventuelles limites à l'usage autorisé. L'utilisation d'un logiciel *open source* ne comporte pas de restrictions[2564]. A l'inverse, le titulaire d'un brevet, qui en autorise l'exploitation à titre gratuit, peut toujours assortir cette autorisation de limitations, *a minima* temporelles[2565], auxquelles le licencié doit satisfaire, sauf se rendre responsable d'actes de contrefaçon. Les logiques des brevets et de l'o*pen source* se distinguent donc encore nettement l'une de l'autre. Dans une volonté de rapprochement, une initiative a été lancée pour concevoir une licence inédite réunissant pourtant ces visions.

540. L'initiative « *Defensive Patent License* ». La « *Defensive Patent License* » (ci-après DPL) est le résultat d'une réflexion menée par Jason Schultz and Jennifer M. Urban, deux

---

[2563] Elon Musk, CEO 12 juin 2014 « All Our Patent Are Belong To You », https://www.tesla.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you, précité : « Tesla n'entamera donc aucune poursuite judiciaire pour défendre ses brevets contre ceux qui veulent**, de toute bonne foi**, utiliser notre technologie. » (Nous soulignons)

[2564] A l'exception notable de restrictions visant à interdire les restrictions telles que des discriminations envers des personnes, des groupes ou contrats de certains secteurs d'activité, l'exigence du respect d'un accord de confidentialité, ou la limitation de l'exploitation du logiciel à un usage particulier… cf M. Clément-Fontaine, Jcl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, 22 Juillet 2014, pt 51.

[2565] Voir à cet égard les conditions d'accès de Toyota qui distingue la durée de la mise à disposition de ses brevets selon leur domaine d'application cf C. Quatravaux, « Des brevets en accès libre pour accélérer la R&D », précité

membres de l'université de Berkeley, dont le résultat est paru dans un article publié en 2012[2566]. Enrichie des remarques de commentateurs d'horizons variés[2567], la proposition de licence a été modifiée pour être pleinement opérationnelle, dans une version 1.1, le 17 novembre 2014[2568]. La première phrase du préambule[2569] de la licence revendique expressément une analogie avec la licence libre GNU GPL, incarnation du concept de « copyleft »[2570]. Elle se rapproche de cette vision par la consécration d'un accès libre et à titre gratuit aux brevets soumis à son régime. L'action en contrefaçon de ces droits de propriété intellectuelle est limitée à des hypothèses défensives[2571] et exclue entre titulaires ayant choisi cette licence[2572]. Celle-ci suit une logique de simplicité en étant mise en œuvre par la seule déclaration publique[2573] de la partie intéressée, et révocable de la même manière[2574].

541. La DPL se distingue toutefois de la licence libre par plusieurs aspects. La DPL a vocation à s'appliquer entre des opérateurs qui font la démarche de soumettre à cette licence l'ensemble de leur portefeuille de brevets existant ou à venir[2575]. La licence porte ainsi en elle une double globalité : d'une part, elle requiert que tous les brevets d'un même titulaire suivent son régime, le titulaire abandonnant toute possibilité d'envisager un autre cadre contractuel pour l'un de ses droits, et d'autre part, elle engendre une mise en commun des titres à l'égard

---

[2566] J. Schultz et J. M. Urban, « Protecting *Open innovation* : the Defensive Patent License as a new approach to patent threats, transaction costs, and tactical disarmament », Harvard Journal of Law & Technology Volume 26, Number 1 Fall 2012

[2567] Issus notamment de Google

[2568] http://www.defensivepatentlicense.org disponible au 5 novembre 2018

[2569] Defensive Patent License v1.1, 17 novembre 2014, http://www.defensivepatentlicense.org, Preface : « *The Defensive Patent License (DPL) is a free, copyleft-style license for patents.* »

[2570] Voir *supra* n°488

[2571] Defensive Patent License v1.1, Article 7.2 « *Defensive Patent Claim" means an Infringement Claim against a DPL User made in response to a pending prior Infringement Claim by said DPL User against the asserter of the Defensive Patent Claim.* »

[2572] Defensive Patent License v1.1, précitée, Preface : « *In requiring this, the DPL stands as a unequivocal commitment to non-aggression among a community of people and companies who obtain patents to defend themselves, but who do not want to use those patents aggressively against the public.* »

[2573] Defensive Patent License v1.1, précitée, Preface : « *To join the DPL community, you simply declare on a publicly available website your commitment to offer any patents you have or obtain under the DPL to anyone who makes a similar* commitment. »

[2574] Etant précisé que les licences conclues avant la révocation de l'engagement restent valables pour la durée des droits de brevets concernés, ainsi qu'il se déduit de la combinaison des termes de la préface « *After withdrawing, existing licenses you previously granted to community members remain valid* » et de l'article 1 : « *Licensor hereby grants and agrees to grant to any DPL User (as defined in Section 7.6) who follows the procedures for License Acceptance (as defined in Section 1.1) a worldwide, royalty-free, no-charge, non-exclusive, irrevocable (except as stated in Sections 2(e) and 2(f)) license, perpetual for the term of the relevant Licensed Patents, to make, have made, use, sell, offer for sale, import, and distribute Licensed Products and Services that would otherwise infringe any claim of Licensed Patents.* »

[2575] Il n'est ainsi paradoxalement pas nécessaire d'être titulaire de brevets au jour de la souscription de la licence, à condition d'accepter de lui soumettre les éventuels brevets à venir cf Defensive Patent License v1.1, précitée, Preface : « *However, you do not need to own any patents to become part of the DPL community. You need only make the same commitment and then abide by it in the case that you do acquire patents at some future time.* »

de l'ensemble de ses membres. Ces globalités n'effacent pas la caractéristique principale de la DPL qui tient à son fonctionnement fermé. La mise en œuvre de la licence aboutit à la création d'un *pool*[2576], chaque membre bénéficiant de licences croisées à titre gratuit de tous les brevets ainsi rassemblés. En revanche, les tiers au groupement n'ont aucun accès à la technologie. Pour que ce *pool* puisse évoquer un système « ouvert », il serait nécessaire qu'il compte parmi ses membres des titulaires de portefeuilles conséquents, apportant un volume de titres considérables de nature à créer un véritable écosystème. A cet égard, l'exigence de la soumission de l'ensemble des droits à la licence constitue un réel obstacle à son essor. Les auteurs expliquent cette condition par leur volonté d'éviter que certains jouent un double jeu : en soumettant à la DPL des brevets sans intérêts pour avoir accès aux technologies des autres membres, tout en gardant une gestion « privée » de leurs droits les plus rémunérateurs. Il semble néanmoins que cette clause a un effet dirimant : à ce jour, soit près de quatre années après le lancement de la licence, celle-ci ne compte que trois membres et une vingtaine de brevets[2577]. Malgré des tentatives de reprises de la DPL dans certains domaines particuliers, tel que la blockchain[2578], l'avenir de cette licence semble incertain. Face à ce succès d'estime, il convient de mentionner une réussite pratique reprenant des objectifs similaires, mais circonscrit au système d'exploitation Linux.

542. Le réseau « *Open Invention Network* ». Linux est un système d'exploitation créé par Linus Torvald et développé sous licence GNU GPL qui permet un accès libre au code source du logiciel. Il a de multiples applications : il est à la base de la constitution d'Android, l'une des plateformes les plus populaires de smartphones à ce jour ; il est également un élément clé des fermes de serveurs[2579] nécessaires aux services de Cloud et d'analyse de données massives (*Big Data*) ; et il permet le fonctionnement des principaux moteurs de recherche et des réseaux de distributeurs bancaires. Le groupement *Open Invention Network (OIN),* comprenant notamment les sociétés Google, IBM, Red Hat, Sony, Philips et Toyota, et dernièrement Microsoft[2580], a été formé en 2005 dans le but de préserver l'accès aux droits de

[2576] Sur le fonctionnement des pools de brevets, voir *supra* Section II Chapitre 1 Titre II Partie 2
[2577] https://defensivepatentlicense.org/users-and-patents/ disponible au 5 novembre 2018
[2578] Blockchain Defensive Patent License, a defensive open license regime for patents cf https://blockchaindpl.org/licensev10 disponible au 5 novembre 2018
[2579] F. Laugée, « Ferme de serveurs », REM N°9, Hiver 2008-2009, n°2262 : « *Centre de données regroupant un très grand nombre d'ordinateurs (serveurs), afin d'une part de stocker des données désormais mesurées en millions de milliards (petaoctets), et, d'autre part, d'améliorer la performance d'exécution pour une même tâche en répartissant les calculs sur plusieurs machines.* »
[2580] Qui l'a rejoint le 10 octobre dernier cf E. Andersen, « Microsoft joins Open Invention Network to help protect Linux and open source », https://azure.microsoft.com/fr-fr/blog/tag/oin/ disponible au 5 novembre 2018

propriété intellectuelle afférents au système Linux[2581]. Pour cela, l'organisme constitué sous la forme d'une société à responsabilité limitée acquiert les brevets et demandes de brevets stratégiques pour la mise en œuvre du système Linux, quelle que soit le domaine envisagé[2582]. En d'autres termes, afin d'assurer la pérennité du système Linux et de ses applications, a été créée une société qui a pour objet le regroupement de tous les droits de brevets utiles au système. En procédant au rassemblement de ces titres, il n'existe plus de titulaires susceptibles de bloquer le système Linux par le biais d'actions en contrefaçon. L'existence et l'objet de la société permettent alors d'éviter tout blocage. Ensuite, l'exploitation des brevets est permise par la concession de licences[2583] croisées, d'une part, entre licenciés et la société OIN et, d'autre part, entre licenciés[2584] membres de la « communauté OIN »[2585]. A l'instar de la DPL, l' « ouverture des brevets » tient davantage à la mise en œuvre d'une communauté ou d'un *pool* avec un objectif précis qu'au titre lui-même ou à la licence dont il est l'objet. Ce groupement est un véritable succès comptant près de 2500 licenciés[2586]. Cette réussite s'explique sans doute par le caractère précisément circonscrit de son objectif tenant à la préservation du système d'exploitation Linux, emportant en conséquence la concession de licence des seuls droits le concernant, et laissant les titulaires libres de concéder à leur guise et dans les conditions qu'ils souhaitent les autres brevets de leur portefeuille.

543. Brevet et *open innovation*. A notre sens, la démarche d'« ouverture » de portefeuilles de brevets des sociétés Tesla, Toyota et autres s'inscrit davantage dans une logique d'*open innovation* que véritablement d'*open source*. Le concept d'*open innovation*[2587] se concentre dans la faculté pour les agents économiques de ne pas concentrer leurs efforts de recherche et développement en interne, mais plutôt de s'inscrire dans une logique d'innovation par le partage des ressources informationnelles, y compris *via* des accords de licence ou de

[2581] FAQ OIN : "*Why was the company formed ? Open Invention Network was formed to ensure that individual programmers, independent software vendors, distributors and businesses have open access to intellectual property related to the Linux System. This will continue to fuel software innovation that leads to increased sales, productivity, flexibility and profits*", cf http://www.openinventionnetwork.com/press-room/faqs/ disponible au 5 novembre 2018

[2582] FAQ OIN : "*What types of patents does Open Invention Network purchase ? Open Invention Network acquires strategic patents and patent applications applicable to all areas of software useful in protecting the Linux System"*cf http://www.openinventionnetwork.com/press-room/faqs/ précité

[2583] Dont la dernière version est datée du 1er mai 2012 cf http://www.openinventionnetwork.com/joining-oin/oin-license-agreement/ disponible au 5 novembre 2018

[2584] Voir clauses 1.1 et 1.2 de la licence, http://www.openinventionnetwork.com/joining-oin/oin-license-agreement/ précité

[2585] Dont fait partie SpaceX, l'autre société Elon Musk, spécialisée dans l'aérospatiale, précédemment évoquée

[2586] The OIN Community cf http://www.openinventionnetwork.com/community-of-licensees/ disponible au 5 novembre 2018

[2587] voir *supra* n°481

partenariat classiques. La concession de licences de droits de propriété intellectuelle est ainsi particulièrement encouragée pour permettre, d'une part, une valorisation de ces actifs[2588], et d'autre part, pour encourager l'innovation. L'« ouverture » des portefeuilles de brevets nous semble s'inscrire dans ce second objectif. Elle constitue ainsi un renouvellement notable des modes d'accès à l'information de nature à favoriser une diffusion élargie. Ce partage des informations protégées se distingue toutefois d'une innovation totalement ouverte sur laquelle aucun droit de propriété intellectuelle n'existerait. C'est alors une démarche amont qu'il aurait fallu choisir, consistant à ne pas déposer de brevet, comme ce fut le cas pour certaines inventions, tel le gel hydro-alcoolique[2589], permettant sa diffusion mondiale et généralisée. En l'absence de succès de la licence DPL, le partage de l'information contenue dans une invention peut se traduire, soit par l'absence de dépôt de brevet accompagnée d'une divulgation élargie, soit par une licence à titre gratuit avec les restrictions inhérentes à ce contrat. Les opérateurs économiques ont choisi la seconde option. Il convient en conséquence de s'interroger sur le sens économique de cette démarche.

B/ L'intérêt égoïste de l' « ouverture » des brevets

544. L'« ouverture » des brevets s'inscrit dans un mouvement de divulgation élargie de l'information protégée où la transmission prime sur la volonté de se réserver l'usage d'une technologie, au bénéfice de l'innovation et des intérêts des titulaires de droit[2590]. Il serait toutefois naïf d'imaginer que les intentions d'opérateurs tels que la NASA, Tesla ou Toyota sont désintéressées. Si leur démarche peut être fondée, pour partie, sur une philosophie altruiste, elle s'accompagne d'un intérêt concurrentiel marqué[2591]. Les motivations égoïstes de

[2588] Par la perception de royalties

[2589] T. Crouzet « Le geste qui sauve », éd. L'Âge d'Homme, 2014, disponible sous licence CC Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 (BY-NC-ND), https://tcrouzet.com/le-geste-qui-sauve/ disponible au 5 novembre 2018

[2590] O. Bar-Gill et G. Parchomovsky, « The Value of Giving Away Secrets », Virginia Law Review, Vol. 89, n° 8, décembre 2003, p. 1857In the new age of cumulative R&D, progress does not hinge entirely, or even to a large extent, on exclusionary property rights. Rather, inclusion-through unprotected publication-emerges as the optimal strategy. Such inclusion fosters sequential improvements, which hold the key to a never-ending stream of innovation and revenue. By giving away secrets, the initial inventor plants the seeds of cumulative innovation. By opting for narrower IP protection, she commits a sufficiently large share of the ex post surplus to sequential improvers, ensuring the profitability of follow-on R&D investments and the viability of a continuous chain of technological improvements. Weaker property rights lead to greater licensing revenues. Less becomes more. In this new paradigm of innovation, free information is in the interest of the inventor. Private and social objectives converge

[2591] Dans le maintien voir l'essor de leur positionnement concurrentiel cf A. Abello, « La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle », éd. LGDJ, Lextenso-éditions, 2008, n°327 p.163

la mise à disposition de brevets relèvent, à la fois, du fonctionnement général du mécanisme d' « ouverture » et des impératifs propres à chaque opérateur.

545. L'ouverture comme catalyseur concurrentiel. La possibilité offerte aux concurrents d'un marché de pouvoir exploiter sans restriction une technologie innovante a pour corollaire l'essor dudit marché[2592] par des effets de réseaux[2593]. Le premier volet de développement consiste dans l'incitation pour les agents économiques à profiter de l'autorisation d'exploitation des brevets pour proposer de nouveaux produits mettant en œuvre la technologie. Ce renforcement de l'offre s'effectue à un coût limité dans la mesure où les frais de recherche et développement ou les frais de redevances de licences contractées sont évités. Il serait toutefois inexact de considérer que cette production est gratuite : elle s'accompagne d'un coût de mise à niveau de technologie, tant du point de vue des compétences internes que des outils de production. C'est pourquoi il est essentiel pour l'utilisateur de connaître les éventuelles restrictions temporelles à l'autorisation d'usage des brevets, faute de quoi il pourrait renoncer par prudence à investir[2594]. La mise en œuvre de l' « ouverture » n'est également pas sans risque pour la pérennité du secteur d'activité de l'opérateur[2595] qui est susceptible de faire face à une concurrence démultipliée à l'issue du processus d' « ouverture ».

Le déploiement du marché de la technologie n'est pas limité aux produits qui en sont issus: il importe de prendre également en compte ceux qui intègrent les produits de la technologie, ainsi que les infrastructures relatives à leur exploitation. A titre d'exemple, dans le cas de Tesla, le fait d'« ouvrir » sa technologie de véhicules électriques comportant des batteries au

---

[2592] C. Quatravaux, « Des brevets en accès libre pour accélérer la R&D », précité

[2593] T. Schrepel, « Les brevets : un mal nécessaire ? Étude d'une possible remise en cause », Le Concurrentialiste - Juillet 2014

[2594] Voir *supra*

[2595] L'exemple d'IBM cité par B. Hu, M. Hu, Y. Yang, in « Open or closed? Technology sharing, supplier investment, and competition », Manufacturing Service Operations Management, 2016, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse https://www.informs.org/Blogs/M-SOM-Blogs/M-SOM-Review/Why-did-Tesla-Give-Away-Patents-for-Free-An-Analysis-of-the-Open-Technology-Strategy-from-an-Operational-Perspective est à cet égard intéressant : « *When IBM entered the market with the PC, it utilized an open architecture, such that anyone could make "IBM-compatible" computers—effectively opening its architecture technology. This strategy greatly stimulated component suppliers to develop products for the PC (and PC-compatible computers), and IBM quickly became the market leader. However, once the PC proved successful, competitors soon flooded the market with PC-compatible computers, and IBM's market share dwindled to 5% before it sold the whole PC business to Lenovo in 2005* ». A ce sujet, IBM a invoqué le droit d'annuler son engagement à sa seule discretion, lui ôtant ainsi toute force contraignante cf B. Greenberg, « Tesla encourages free use of its patents—but will that protect users from liability? », JUNE 13, 2014 https://concurringopinions.com/archives/2014/06/tesla-encourages-free-use-of-its-patents-but-will-that-protect-users-from-liability.html précité ; voir également Y. Dietrich, « Logiciels Opensource : une réalité juridique au sein des entreprises » ; rldi avril 2005 n°4, Actualités de l'immatériel n°119, p.28

lithium-ion a pour vocation d'améliorer, non seulement l'offre de batteries de ce type, mais également celle des véhicules pouvant user de cette technologie[2596] et d'inciter en parallèle à la construction de stations de rechargement. Ce dernier point constitue le cœur du succès de la technologie[2597] : l'un des freins principaux à la généralisation des véhicules électriques est le manque de « stations-services ». Ce défaut d'infrastructure limite la potentialité de d'expansion du marché aux quelques zones équipées. C'est la raison pour laquelle faute de station de rechargement[2598], le véhicule Toyota à hydrogène a longtemps été écarté du marché européen. A l'inverse, l'accès sans restriction à la technologie est de nature à encourager la construction de véhicules de ce type et par voie de conséquence du réseau nécessaire à la pérennité de son exploitation. La contrepartie de l' « ouverture » des brevets apparaît ainsi nettement dans la volonté de faciliter l'essor des produits concernés directement, mais aussi indirectement, des produits et structures liés.

546. L'ouverture comme mode d'imposition d'un standard. Le second volet du développement du marché tient davantage à l'appréciation de la technologie en tant que telle sur le marché. Comme déjà évoqué, un standard de fait est le résultat d'une utilisation généralisée d'une technologie dans un secteur particulier[2599]. Le fait de permettre un usage facilité de la technologie, notamment par l'exonération de redevances et l'absence même de négociations préalables à la conclusion de licence de brevets la couvrant, encouragent l'exploitation des brevets « ouverts ». Cette « ouverture » a alors pour objectif à peine voilé que la technologie concernée devienne une référence sur le marché, aboutissant *in fine* à la constitution d'un standard incontournable conférant à son titulaire la position de *leader* technologique. Compte tenu de ce but, il est possible de mesurer les intérêts en présence au regard du *timing* de ces décisions, qui est tout sauf fortuit.

547. Un choix d' « ouverture » conditionné par les circonstances. A chaque opérateur ses contraintes : nous ne prétendons pas lister de manière exhaustive les raisons pour lesquelles telle ou telle entreprise a choisi de renoncer à toute action en contrefaçon pour tout ou partie de son portefeuille de brevets. Il nous paraît néanmoins intéressant d'aborder quelques

[2596] Tesla se ferait alors fournisseur de batteries pour ces producteurs de véhicules grâce à la production de la gigafactory cf https://www.tesla.com/fr_FR/gigafactory?redirect=no disponible au 5 novembre 2018
[2597] É. Roché, « Open data et business models », LEGICOM 2016/1 (N° 56), p. 121
[2598] Désormais, on compte 20 stations de rechargement en France cf N. Wakim et Ph. Jacqué, « Rouler à l'hydrogène, révolution ou nouvelle chimère ? », 10 juin 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/06/10/hydrogene-revolution-ou-nouvelle-chimere_5312568_3234.html
[2599] Voir *supra* n°421

éléments conjoncturels afin de mettre en exergue le caractère égoïste d'une « ouverture » présentée comme altruiste. Nous évoquerons, à cette fin, les cas de la NASA, de Tesla et de Toyota. S'agissant de la NASA, il est possible de s'interroger sur les motivations d'une agence fédérale américaine à permettre un usage sans restriction de certains de ses brevets[2600]. Compte tenu de son statut, il serait tentant de l'imaginer hors des contingences de marché. Ce n'est néanmoins pas le cas et la NASA doit aujourd'hui composer avec l'arrivée de nouveaux acteurs dans le domaine aérospatial[2601], avec lesquels elle est amenée à collaborer à l'instar de la société privée SpaceX. Son intérêt à ce que les entreprises qui lui sont associées disposent des technologies nécessaires à la mise en œuvre efficace de ces partenariats apparaît clairement.

Concernant les sociétés Tesla et Toyota, la question du temps de la divulgation est encore plus cruciale. Il est remarquable que ces deux sociétés aient opté pour une stratégie identique d'«ouverture » à quelques mois d'intervalle[2602], juste après avoir cessé leur collaboration[2603]. Ces deux entreprises opèrent dans le même domaine des véhicules propres permettant d'assurer de longs trajets avec un seul rechargement qui doit pouvoir s'effectuer en quelques minutes[2604]. Si leurs technologies diffèrent radicalement, l'une mettant en œuvre des batteries au lithium-ion, l'autre fonctionnant grâce à des piles à hydrogène, elles se situent sur le même créneau et manquent toutes deux d'infrastructures de recharge. On comprend mieux l'enjeu résidant dans l'accès facilité à leurs brevets afin de permettre à l'une des technologies de primer sur l'autre autorisant ainsi la généralisation de stations de rechargement adaptées à la technologie « gagnante »[2605]. Outre cette concurrence, la décision de la société Tesla a sans doute été motivée par deux circonstances supplémentaires tenant à ses objectifs d'expansion : son projet de construction d'une *gigafactory* pour la fabrication de ses batteries au lithium-ion de nature à satisfaire toute la demande[2606] et sa volonté d'assurer, à compter de 2018[2607], la

[2600] J. Lausson, La nasa partage son savoir-faire en libérant une partie de ses brevets », précité
[2601] Essentiellement les sociétés SpaceX et Blue origin
[2602] Tesla en juin 2014 et Toyota en janvier 2015
[2603] B. Hu, M. Hu, Y. Yang, «Open or closed? Technology sharing, supplier investment, and competition », Manufacturing Service Operations Management, 2016, https://www.informs.org/Blogs/M-SOM-Blogs/M-SOM-Review/Why-did-Tesla-Give-Away-Patents-for-Free-An-Analysis-of-the-Open-Technology-Strategy-from-an-Operational-Perspective précité
[2604] D'une durée similaire à celle nécessaire à un plein de carburant traditionnel, contrairement aux véhicules électriques actuellement répandus pour lesquels le temps de rechargement se compte en heures cf pour une Zoé, la charge totale pour une autonomie 400Km nécessite environ 2h40 avec borne de recharge rapide, 7h20 avec une wallbox (borne de recharge rapide domestique) et 25h avec une prise de courant domestique cf https://www.renault.fr/vehicules/vehicules-electriques/zoe.html
[2605] T. Schrepel, « Les brevets : un mal nécessaire ? Étude d'une possible remise en cause », précité
[2606] https://www.tesla.com/fr_FR/gigafactory?redirect=no précité

production de masse de son modèle de véhicule 3, destiné au grand public. Compte tenu de ces éléments, la pérennité de Tesla dépend de sa capacité à imposer sa technologie comme référence, ce qui peut être rendu plus aisé dès lors qu'elle est accessible et gratuite.

548. L' « ouverture » des brevets et les libertés économiques. L' « ouverture » des brevets résulte, soit d'engagement unilatéraux, soit de contrats de licence conclus entre membres d'une communauté, afin de faciliter non seulement la divulgation de l'information protégée mais également son exploitation. La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté des opérateurs se voient renforcées et renouvelées par ces pratiques innovantes de gestion de l'information. L' « ouverture » de brevets par essence fermés dessine également un renouvellement de la liberté d'entreprendre des entreprises, qu'il s'agisse des titulaires de droit renforçant ainsi leur action et leur stratégie commerciale, ou qu'elle concerne les utilisateurs de ces droits se voyant offrir l'opportunité de développer des produits et de s'inscrire dans des marchés innovants. De la divulgation de l'information protégée résulte alors une possibilité accrue d'innover, conduisant à un renforcement de la concurrence par le développement du marché, de son contenu et de ses acteurs. Les pratiques innovantes de divulgation de l'information protégée se mettent au service de libertés économiques qui en sortent renouvelées

549. Conclusion du Chapitre. Le renouvellement des libertés économiques passe par des modes de divulgation innovants de l'information protégée. Que l'information soit l'objet d'un droit d'auteur ou d'un droit de brevet, sa divulgation est au cœur de l'évolution des techniques contractuelles.

En réaction à la surprotection conférée par le secret gardé sur le code source des logiciels, les licences libres ou *open source* se mettent au service de la diffusion du savoir. Unies dans leur philosophie d'accès à l'information, elles se distinguent dans les conséquences qu'elles attachent à la divulgation : les licences libres obligent à maintenir leur caractère ouvert par l'inclusion d'une clause de *copyleft,* tandis que les licences *open source* autorisent une exploitation sans obligation de ce type. En tout état de cause, elles assurent toutes deux une divulgation élargie de l'information protégée au bénéfice de la concurrence et de la liberté d'entreprendre des opérateurs. Suivant la voie ainsi ouverte, le mécanisme de publication

[2607] https://www.tesla.com/fr_FR/model3 disponible au 5 novembre 2018

ouverte ou *open Access* et les licences *Creative Commons* élargissent les hypothèses de divulgation de l'information protégée au bénéfice des libertés économiques.

Le choix d'une divulgation étendue de l'information protégée n'est cependant pas qu'altruiste. L'intérêt économique d'une telle démarche est particulièrement perceptible dans le cas où l'information est protégée par un brevet. Les opérateurs ont en effet cherché des modes d'accès innovants également en ce domaine. Différentes techniques ont été évoquées : la souscription d'une licence « défensive » (la *Defensive Patent License*), la constitution d'un *pool* spécifique (OIN), et l'engagement unilatéral de ne pas intenter d'action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur de brevets présentés comme « ouverts ». Cette dernière proposition laisse percevoir les finalités pragmatiques d'une « ouverture présentée comme idéologique. La divulgation de l'information protégée procède alors d'un renouvellement de la liberté d'entreprendre des opérateurs qui profitent de la mise à disposition de droits pour accéder au marché pour les uns, assoir leur position, voire leur domination, pour les autres. La divulgation de l'information protégée se fait alors arme concurrentielle au service des libertés économiques, au bénéfice de l'innovation.

550. Conclusion du Titre. Les interactions entre la divulgation de l'information protégée et les libertés économiques aboutissent à la stimulation de ces dernières. Celle-ci se traduit, d'une part, par un renforcement des libertés économiques à travers la mise en œuvre d'une divulgation normalisée, directement ou *via* des pools de brevets, et d'autre part, par le renouvellement des libertés économiques confrontées à des modalités de divulgation inédites. L'influence exercée par la divulgation de l'information protégée n'est pas linéaire et chaque voie de renforcement des libertés économiques, en particulier dans le cadre d'un processus de normalisation, s'accompagne de limites tenant aux exigences du respect de la concurrence qui apparaît comme le référentiel à l'aune duquel les effets de la divulgation sur les libertés économiques doivent être appréciés.

L'« ouverture » des brevets et des œuvres, y compris logicielles, fondée sur la liberté contractuelle, est naturellement perçue comme un facteur proconcurrentiel, favorable à la liberté d'entreprendre des parties. Il faut toutefois se garder de toute position définitive, et conserver une certaine vigilance à l'égard d'usage de droits « ouverts » dont la compatibilité avec le droit de la concurrence pourrait être discutée. En tout état de cause, ces nouveaux modes de divulgation dénotent une influence dynamique portée sur des libertés économiques

aux contours renouvelés. Les opérateurs choisissent ainsi de soutenir leur conquête du marché par des mécanismes contractuels favorisant la diffusion de l'information protégée au bénéfice de l'innovation et de la concurrence.

551. Conclusion de la Partie. Suivant le retour du mouvement de balancier des influences réciproques entre libertés économiques et divulgation de l'information protégée, les premières sont affectées par la seconde. L'empreinte portée par la divulgation de l'information protégée n'est ni uniforme, ni statique. Au contraire, les libertés économiques connaissent des effets ambivalents résultant des échanges d'informations protégées. Tour à tour, à leur service ou à leur préjudice, ces échanges doivent faire l'objet d'un examen attentif. Il en résulte la nécessité d'appréhender l'information protégée suivant sa nature, ses caractéristiques et le contexte concurrentiel du marché concerné afin d'appréhender les conséquences de sa divulgation sur les libertés économiques.

Il en va de même lorsque l'information est standardisée. La normalisation offre naturellement un cadre pour le renforcement des libertés économiques, à travers une réduction des coûts et la promotion de l'innovation. Cet affermissement est toutefois soumis à la condition que soient respectées les exigences de concurrence, se traduisant, notamment, par la nécessité pour l'information d'être divulguée à des conditions « FRAND ». Les libertés économiques voient également leurs contours renouvelés par la consécration de techniques contractuelles innovantes permettant la diffusion élargie de l'information protégée.

CONCLUSION GENERALE

« *Savoir pour prévoir, afin de pouvoir*. »
Auguste Comte[2608]

552. Des interactions constantes. L'information protégée au sens de la présente étude est de nature variée. Qu'elle soit stratégique, commerciale ou actif immatériel, elle couvre l'ensemble des domaines d'activité de l'entreprise. La protection dont elle fait l'objet peut être directe, à travers la consécration d'un droit de propriété intellectuelle, ou indirecte *via* la mise en œuvre du secret. Dans tous les cas, la détention d'une information protégée confère un avantage concurrentiel à son détenteur. Il en résulte pour les agents économiques de multiples interrogations relatives à la divulgation de l'information protégée, concernant tant son existence et ses modalités que ses conséquences au regard des libertés économiques. L'autonomie de la volonté des opérateurs dans la gestion de leurs informations protégée apparaît à cet égard particulièrement fluctuante.

La liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre et la liberté de la concurrence[2609] constituent l'environnement décisionnel des entreprises. Ces libertés économiques, qui dessinent le cadre au sein duquel la divulgation de l'information protégée s'inscrit, ne peuvent être réduites à un *corpus* de règles ou de contraintes statiques. Nous avons, au contraire, montré qu'elles interagissent et s'influencent de manière réciproque, en plus d'être modulées par les effets de la divulgation de l'information protégée. Les libertés économiques et la divulgation de l'information protégée portent ainsi l'empreinte de leurs rayonnements mutuels, laissant l'autonomie de la volonté des opérateurs se faire, tour à tour, réalité, potentialité ou leurre.

Suivant le mouvement de balancier des influences, nous avons choisi d'aborder successivement l'impact des libertés économiques sur l'existence et les modalités de la divulgation de l'information protégée pour, ensuite, mettre en exergue les incidences exercées par cette dernière sur la définition des contours des libertés économiques.

[2608] Cité par A. Said in « L'intelligence économique au service des pôles de compétitivité », Vie & Sciences de l'entreprise, 2006/1 n°170-171, p.175
[2609] Voir *supra* n°10 et suivants

553. L'emprise des libertés économiques sur la divulgation de l'information protégée. La première oscillation examine le contrôle exercé par les libertés économiques sur les conditions de la divulgation de l'information. Paradoxalement, c'est, en premier lieu, l'absence de divulgation qui est justifiée par l'application des libertés économiques[2610]. La liberté d'entreprendre fonde le recours au secret tandis que la liberté contractuelle encourage la conception d'outils destinés à préserver la confidentialité. Celle-ci est également renforcée par la création d'un régime européen harmonisé du secret d'affaires[2611], motivé par la mise en œuvre de la libre concurrence. Garantie en théorie et soutenue en pratique, la préservation du secret par les libertés économiques permet d'en assurer une protection médiate mais efficace. La confrontation entre information protégée et libertés économiques aboutit à la mise à l'écart consentie de sa divulgation, faisant de l'autonomie de la volonté des opérateurs dans la gestion de leur information protégée par le secret une réalité.

554. Ce mouvement de retrait ne doit pas être considéré comme définitif, les interactions se poursuivant pour aboutir, à l'inverse, à la divulgation de l'information protégée commandée par les libertés économiques. Deux hypothèses doivent être distinguées à cet égard.
La première vise la divulgation dans le cadre d'accords de recherche et de développement[2612] ou de transfert de technologie[2613]. Tandis que ces conventions comportent de manière systématique le principe d'une communication d'informations protégées, les modalités de cette transmission sont largement aiguillonnées par les libertés économiques, et particulièrement par le respect des exigences de libre concurrence. Les accords de recherche et de développement et de transferts de technologies, de par la proximité qu'ils créent entre les opérateurs, sont susceptibles de tomber sous le coup de l'incrimination d'entente. La pratique des règlements d'exemption a pour objectif avoué de permettre aux agents d'éviter ce risque en déterminant des conditions dont la satisfaction permet aux conventions conclues de bénéficier d'une exemption automatique. En d'autres termes, si les opérateurs souhaitent profiter de ce mécanisme, ils doivent correspondre aux critères définis par les règlements d'exemption, eux-mêmes soumis à l'exigence de respect de la libre concurrence. Dans ce cas, l'autonomie de la volonté dans la divulgation d'informations protégées peut se réduire à la décision de communiquer lesdites données, les conditions de la divulgation étant largement liées aux règlements d'exemption.

[2610] Voir Partie 1 Titre 1
[2611] Voir Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 Section II §3 B/
[2612] Voir Partie 1 Titre 2 Chapitre 1 Section I
[2613] Voir Partie 1 Titre 2 Chapitre 1 Section II

555. Dans la seconde hypothèse, les libertés économiques imposent le principe même de la divulgation de l'information protégée. Ce phénomène est susceptible de se rencontrer, à la fois, en amont d'une atteinte potentielle aux libertés économiques[2614], et en aval d'un dommage réel à celles-ci[2615]. La divulgation de l'information protégée apparaît comme un remède de nature à résoudre les torts causés aux libertés économiques. Il en va ainsi lorsqu'une autorisation de concentration est assujettie à la concession d'une licence ou d'une cession portant sur une information protégée[2616], ou lorsque la concession d'un droit de propriété intellectuelle est prononcée à titre de sanction de comportements anticoncurrentiels afin de réparer la distorsion de concurrence provoquée par la rétention de l'information protégée[2617]. L'autonomie de la volonté des opérateurs est alors un leurre pour les opérateurs qui doivent se soumettre à la décision de l'autorité de concurrence les obligeant à conclure des conventions.

556. Une hiérarchie sous-jacente dans l'application des libertés économiques. Au-delà des influences réciproques exercées par chaque liberté économique sur les autres, une forme de hiérarchie entre elles est apparue, faisant prévaloir les impératifs de la libre concurrence sur la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle. Une telle prééminence peut surprendre dans la mesure où la libre concurrence ne bénéficie pas de la même reconnaissance constitutionnelle que la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle. Son rôle essentiel dans la construction de l'Union européenne[2618] constitue cependant un élément de réponse à cette interrogation. Par son caractère intrinsèquement lié à la constitution du marché unique, la libre concurrence constitue le repère à l'aune duquel les comportements et décisions des opérateurs, tenant notamment à la divulgation de leurs informations protégées, sont appréhendés. Mais la libre concurrence n'est pas seulement un principe de nature à prescrire les conditions de divulgation de l'information protégée. Suivant le mouvement retour du balancier, elle est également influencée avec les autres libertés économiques par la divulgation de l'information protégée.

557. L'influence mitigée de la divulgation de l'information protégée sur les libertés économiques. L'empreinte de la divulgation de l'information protégée sur les libertés

[2614] Voir Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 Section I
[2615] Voir Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 Section II
[2616] Voir Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 Section I
[2617] Voir Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 Section II
[2618] Voir *supra* n°17

économiques se traduit, de manière négative, par l'atteinte auxdites libertés, et de façon positive par leur renforcement, voire dans certains cas, leur renouvellement.

L'échange d'informations protégées constitue un exemple topique d'un mécanisme susceptible d'engendrer des effets mitigés sur les libertés économiques[2619]. Au gré des circonstances, de la nature et des caractéristiques des informations protégées échangées, du marché ainsi que des spécificités des auteurs et destinataires de l'échange, il peut faire prendre leur pleine mesure à la liberté contractuelle et à la libre concurrence au bénéfice de la libre concurrence[2620]. Mais il peut également générer un risque concurrentiel de nature à anéantir toute possibilité de mise en œuvre de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle[2621]. La substance de l'autonomie de la volonté des opérateurs, dans le cadre de ces échanges d'informations protégées, est fluctuante. Elle doit toutefois se soumettre, en tout état de cause, aux exigences de la libre concurrence.

De la même manière, le phénomène de normalisation[2622] et celui de *pools* de brevets[2623] qui y est associé, sont essentiellement perçus comme facteur de renforcement des libertés économiques, sous réserve, cependant, du respect des impératifs de la libre concurrence. Celle-ci requiert une divulgation exhaustive des informations protégées et la mise en place de modalités d'accès répondant aux conditions « FRAND » au sein des organismes de normalisation. Il apparaît de nouveau que la libre concurrence constitue le référentiel à partir duquel sont appréciées les autres libertés économiques. Elle doit toutefois faire face à de nouveaux modes de divulgation de l'information protégée, qui accompagnent un renouvellement des libertés économiques.

558. Les conséquences des modes novateurs de divulgation sur les libertés économiques. La divulgation de l'information protégée, par le biais des licences ouvertes de droit d'auteur[2624] ou de l'« ouverture » des portefeuilles de brevets[2625], renouvelle tant la liberté contractuelle à travers des mécanismes innovants de technique contractuelle, que la liberté d'entreprendre, moteur de ces divulgations inédites. Ces dispositifs novateurs dont le rayonnement s'accroît de jour en jour, semblent, de prime abord, favorables à la libre concurrence. Ce pressentiment se voit confirmé par l'analyse de ces phénomènes d'«

[2619] Voir Partie 2 Titre 1
[2620] Voir particulièrement Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 Section II
[2621] Voir particulièrement Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 Section I
[2622] Voir Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 Section I
[2623] Voir Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 Section II
[2624] Voir Partie 2 Titre 2 Chapitre 2 Section I
[2625] Voir Partie 2 Titre 2 Chapitre 2 Section II

ouverture » qui met en exergue les avantages d'une divulgation élargie sur les libertés économiques. La divulgation de l'information protégée devient alors un outil à leur service. Dans ce cadre, l'autonomie de la volonté des agents économiques dans la gestion de leur information protégée prend tout son sens.

Il résulte de ce qui précède que les influences exercées par les libertés économiques les unes sur les autres ainsi que le résultat de leurs interactions avec la divulgation de l'information protégée permettent de définir la mesure dans laquelle l'appréhension de ces notions doit être conjointe. Les libertés économiques deviennent ainsi une composante fondamentale de l'appréciation de la divulgation de l'information protégée. Réciproquement, les mécanismes innovants de divulgation font de cette dernière un facteur d'évolution des libertés économiques. La prise en compte de ces échanges constants s'avère particulièrement nécessaire pour apprécier les conséquences pratiques de ces interactions.

559. Savoir pour pouvoir. La rapidité des évolutions techniques laisse songeur[2626]. Malgré un foisonnement législatif et réglementaire, les opérateurs ne trouvent pas toujours des réponses à leurs interrogations, qui soient parfaitement en adéquation avec leurs contraintes et leurs préoccupations. Dans un tel contexte, il apparaissait souhaitable de dresser une forme de tableau des interactions entre divulgation de l'information protégée et libertés économiques, permettant d'identifier les points saillants de rencontre et les réponses apportées. A cette fin, la présente étude propose des repères autorisant praticiens et agents économiques à mieux appréhender les conditions et les conséquences de la divulgation des informations protégées. L'action des opérateurs sur le marché en sortira plus sûre, tant au regard de la réglementation que de leurs concurrents.

560. Compte tenu du caractère dynamique de l'appréciation des libertés économiques et de l'information, la réflexion n'apparaît pas figée. Elle a, à l'inverse, vocation à être renouvelée au regard des interactions engendrées par la consécration à venir d'une liberté économique ayant pour objet l'information elle-même, la libre circulation des données non

[2626] Voir à titre d'exemple la loi de Moore prévoyant que le nombre de transistors dans un circuit intégré double environ tous les deux ans, bien qu'il y ait désormais des discussions sur la pérennité de l'application de cette règle cf Rapport « Droit de la concurrence et données », Aut. conc. et Bundeskartelamt, 10 mai 2016

personnelles[2627]. Le mouvement de balancier entre libertés économiques et divulgation de l'information protégée pourra y trouver une nouvelle impulsion.

[2627] Résolution législative du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne (COM(2017)0495 – C8-0312/2017 – 2017/0228(COD))

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

ARCELIN-LECUYER, L., « Droit de la concurrence », éd. Presses Universitaires de rennes PUR, Coll. Didact Droit, 2ème édition 2013

ATIAS, C., Droit civil, « Les biens », 5e éd., 2007, Litec

AUBERT, J.-L. et GAUDEMET, S., « Répertoire de droit civil », Dalloz, janv. 2018

BINCTIN, N., « Droit de la propriété intellectuelle », éd. LGDJ 3ème éd., 2014

BLAISE, J-B., et DESGORCES, R., « Droit des affaires – Commerçants. Concurrence. Distribution », éd. LGDJ, 9ème édition 2017

BOUTARD-LABARDE, M.-C. et CAVINET, G., « Droit français de la concurrence », éd. LGDJ 1994

CARON, Ch., « Droit d'auteur et droits voisins », éd. LexisNexis 2017, 5ème éd.

COMBE, E., « Économie et politique de la concurrence », éd. Précis Dalloz, 1ère éd. 2005

DECOCQ, A. , et DECOCQ, G., « Droit de la concurrence - Droit interne et droit de l'Union européenne », éd. LGDJ, 8ème édition 2018

DELVOLVE, P., « Droit public de l'économie », éd. Précis Dalloz, 1998, n°86 p.108

DESBOIS H., « Le droit d'auteur en France », éd. Dalloz 3ème édition 1978

FLOUZAT, D., « Economie contemporaine », tome 1, « Les fonctions économiques », éd. PUF, Coll. Thémis, 18ème éd. 1997

FOYER, J. et VIVANT, M., « Le droit des brevets », éd. PUF, Coll. Thémis, 1991

GAUTIER, P.-Y., « Propriété littéraire et artistique », éd. Puf, 2017, 10ème éd

LUCAS, A., « Droit d'auteur et numérique », éd. Litec 1998

LUCAS DE LEYSSAC, CL. et PARLEANI, G., « Droit du marché », éd. PUF, coll. Thémis, 2002, p.272

MATHELY, P., « Le nouveau droit français des brevets d'invention », éd. du JNA 1991

MATHIEU, B. et VERPEAUX, M., « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », éd. LGDJ, 2002

MESTRE J., PANCRAZI M.-E., GROSSI I., MERLAND L., TAGLIARINO-VIGNAL N., « Droit commercial », tome 1, éd. LGDJ Coll. Manuel , 30ème éd° 2016

MOUSSERON, J.- M., « Traité des brevets », éd Litec 1984

PASSA, J., « Traité du droit de la propriété industrielle », tome 2, éd. LGDI 2013

POLLAUD-DULIAN F., « Propriété intellectuelle – La propriété industrielle », éd. Economica, Coll. Corpus droit privé, 2011,

TESTU, F.-X., Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010

ZENATI-CASTAING, F. et REVET, T., « Les biens », éd. PUF 3ème éd., 2008

II – Thèses – Mémoires – Monographies

ABELLO, A., « La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle », éd. LGDJ, Lextenso-éditions, 2008

ARENDT, H., « La crise de la culture », éd. Folio Gallimard, Coll. Essais, 1972

BENABOU, V.-L., « Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire », éd. Bruylant 1997

BIGOT-DESTREGUIL, M., « Le bien-information », thèse sous la direction de G. Loiseau, soutenue le 31 mars 2017 à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne

BLANC, F., « Les engagements dans le droit français des concentrations », éd. LGDJ, Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit public tome 284, 2015

BOISNARD, G., « Pools de brevets et droit communautaire de la concurrence », Mémoire de DESS Propriété industrielle; Université Paris II - Panthéon-Assas, 2005, disponible à l'Irpi

BOLDRIN, M. et LEVINE, D. K., « Against intellectual monopoly », Cambridge University Press, 2008

CHAGNY, M., « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », éd. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, février 2004

CLEMENT-FONTAINE, M., « L'œuvre libre », éd. Larcier, 2014

CROUZET, T., « Le geste qui sauve », éd. L'Âge d'Homme, 2014, disponible sous licence CC Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 (BY-NC-ND), https://tcrouzet.com/le-geste-qui-sauve/

DARGIER DE SAINT VAULRY, Y., « Le régime des connaissances techniques non brevetées », thèse, Toulouse 1968

DAVID-WARCHOLAK, N., « Interopérabilité et droit du marché », thèse sous la direction de J.-P. Clavier, soutenue le 24 juin 2011 à l'université de Nantes

DELVOLVE, V., « La liberté d'entreprendre », thèse sous la direction de Y. Gaudemet, soutenue le 10 juillet 2002 à l'université Paris II - Panthéon-Assas

DEZOBRY, G., « La théorie des facilités essentielles – Essentialité et droit communautaire de la concurrence », éd. LGDJ Bibliothèque de droit international et communautaire Tome 124, 2009

DUPONCHELLE, M., « Le droit à l'interopérabilité – Etude de droit de la consommation », thèse sous la direction de J. Rochfeld, soutenue le 9 avril 2015 à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne

FLORES ALVAREZ, C., Les accords « pay-for-delay » dans le secteur pharmaceutique : jurisprudence récente et dichotomie objet/effet, Mémoire 2015-2016, http://lib.ulg.ac.be

FOURNIER DE CROUY, N., « La faute lucrative », thèse sous la direction de M. Behar-Touchais, soutenue le 22 septembre 2015, Université Paris Descartes

FRAISSINIER, V., « La liberté d'entreprendre – Etude de droit privé », thèse sous la direction du Professeur Ch. Jubault, soutenue le 19 juin 2006, Université de la Réunion

GAHDOUN, P.-Y., « La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», Dalloz, 2008

GARINOT, J.-M., « Le secrets des affaires », éd. Lexis Nexis Litec – Université de Bourgogne CREDIMI-CNRS, Année 2013, Vol 41, p.70, n°82

GOUBINAT, M., « Les principes directeurs du droit des contrats », thèse sous la direction du Professeur S. BROS, soutenue le 3 février 2016, Université de Grenoble Alpes

GSTALTER, J., « Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information », éd. Bruylant 2012

LEBLOND, L., « Pratiques anticoncurrentielles et brevets - Etude en faveur de la promotion européenne de l'innovation », éd Bruylant 2014

LESSIG, L., « Future of ideas », Random House, 2001, la traduction française : « L'avenir des idées », PUL (Presse Universitaires de Lyon), 2005

LEVEQUE, F. et MÉNIÈRE, Y., « The Economics of Patents and Copyright », The Berkeley Electronic Press, 2004, Editions de La Découverte, 2003

LEVITT, S. D. & DUBNER, S. J., "Freakonomics", éd° Denoël, Collection Folio actuel, 2011

LIANOS, I., « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », éd° Ant. N. Sakkoulas et Bruylant 2007

MAGNIN, F., « Know-how et propriété industrielle », Ceipi, éd. Litec 1974

MAILLOT, J.-M., « La théorie administrativiste des principes généraux du droit », Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003

MARECHAL, C., « Concurrence et propriété intellectuelle », éd. LexisNexis, Coll. Irpi n°32, 2008

MARIAGE, V., « Le secret et le droit : contribution à l'étude de la notion d'information », thèse sous la direction du Professeur Jean-Christophe Galloux, soutenue à l'université de Versailles-Saint Quentin en 1999

MICHEL, J., « Les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence », thèse sous la direction de G. Jazottes, soutenue le 18 novembre 2015 à l'université Toulouse 1

MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois, 1748, Vol I et II, GF Flammarion, 1979

REMICHE, B. et CASSIERS, V., « Droit des brevets d'invention et du savoir-faire – Créer, protéger et partager les inventions au XXIème siècle », Manuels Larcier 2010, p.636

SCHREPEL, T., « L'innovation prédatrice sur les marchés des nouvelles technologies : analyses croisées en droit européen et nord-américain », sous la direction conjointe de M. Malaurie-Vignal et S. W. Waller, soutenue le 12 décembre 2016 à l'université de Versailles- Saint Quentin - Paris Saclay

SMITH, A. « Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations », LIVRE I – « Des causes qui ont perfectionné les facultés productives du travail, et de l'ordre suivant lequel ses produits se distribuent naturellement dans les différentes classes du peuple », 1776, Traduction française de Germain Garnier, 1881 à partir de l'édition revue par Adolphe Blanqui en 1843.

STEINER, A., « Elaboration et mise en œuvre d'un modèle organisationnel favorisant l'Open Innovation : Contribution à l'innovation collaborative », thèse sous la direction conjointe de L. Morel et de M. Camargo, soutenue le 26 septembre 2014 à l'université de Lorraine

III – Articles

AFCHAIN, M.-A., « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », JcpE n° 9, 1er Mars 2007, 1278

ALES (d') T. et CONSTANS, A., « Les pratiques anticoncurrentielles et l'accès aux preuves devant les juridictions civiles et commerciales - La cour d'appel de Paris rappelle que le demandeur doit prendre ses responsabilités », JcpE n° 46, 13 Novembre 2014, 1575

AMATO, C., « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », Revue des contrats - n°1, janvier 2013, p.351

AMRANI-MEKKI, S. et FAUVARQUE-COSSON, B., « Droit des contrats », D. 2005 p.2836

APLIN, T., « A Critical Évaluation of the EU Trade Secrets Directive », Intellectual Property Quarterly, issue 4, 2014, p. 262

APPLEYARD, M. M. et CHESBROUGH, H. W., « The dynamics of open strategy: from adoption to reversion », Long Range Planning 50 (2017) 310

ARCELIN L., « Nouvelle Communication de minimis : des précisions plus que des nouveautés », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.284

ARHEL, P.
- « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (octobre - novembre 2014) », LPA 15 juin 2015 n° 118 – p. 8
- « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (Juillet 2015) (suite et fin) », LPA 12 janvier 2016 n° 8 – p. 5
- « Nouveau régime de concurrence pour les accords de transfert de technologie », Jcp E n° 16-17, 17 Avril 2014, act. 290
- « Révision des restrictions horizontales », Jcp E n° 20, 20 Mai 2010, act. 271

ARMAND-PREVOST, M., CASTON, A., DANA, A., DUPREY, D., FLAUGNATTI, R., RAMBAUD, J.-F. et RAUSCH, F. (Groupe Confluences), « Secret d'affaires et principe du contradictoire », Gaz Pal 10 juillet 2003, n°191 p.2, Etude n°4

ARROW, K.J., « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention », in « The Rate and Direction of Inventive Activity » 609, 615 (R.R.Nelson ed., 1962)

ARUNDEL, A., « The relative effectiveness of patents and secrecy for appropriation » Research Policy, Avril 2001, Vol 30, Issue 4, p. 611-624

AUBRY, H., « La normalisation au regard des règles de concurrence », ccc Mars 2016, n° 3, étude 3

AVOUT (d') L., « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2014 p.1287

AYERBE, C. et CHANAL, V., « Quel management des DPI dans les business models ouverts ? », Revue française de gestion, 2011/1 n° 210, p. 99

AZEMA, J., « La protection du secret d'affaires dans la perspective de la proposition de directive européenne », Prop. Ind. n°7-8 juillet 2014, Etude n°17

BAILLAT-DEVERS, M., rlc n°44 juillet-septembre 2015 Droit processuel de la concurrence n°2824 p.81

BARBIER DE LA SERRE, E., « Le secret de l'instruction plie devant les droits de la défense », rlc n°23 avril-juin 2010, Droit processuel de la concurrence n°1612 p.86

BARBIER, H
- « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat » (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC), RTD Civ. 2013 p.832
- « Quand les secrets des affaires ou de la vie privée ont raison des mesures d'instruction in futurum », RTD Civ. 2017 p.661

BAR-GILL, O. et Parchomovsky G., « The Value of Giving Away Secrets », Virginia Law Review, Vol. 89, n° 8, décembre 2003, p. 1857

BARROSO, W., QUONIAM, L., PACHECO, E., « Patents as Technological Information in Latin America », World Patent Information 31 (3), p. 207

BATTISTI, M., « Journée d'étude ADBS » « Les modèles libres pour l'accès à l'information », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2004/3 Vol. 41, p. 193

BAZEX, M.
- « L'incidence des règles de concurrence sur l'organisation des entreprises publiques », Droit Administratif n° 5, Mai 2009, comm. 66
- « L'objectif d'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie est reconnu comme ayant une valeur constitutionnelle », ccc n° 1, Janvier 2007, comm. 14

BECHTOLD, S.et HÖFFLER, F., « An Economic Analysis of Trade-Secret Protection in Buyer-Seller Relationships », Journal of Law, Economics, and Organization, 2007, Vol 27, n°1, p.137-158 disponible au /2016 à l'adresse http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_18online.pdf

BEIGNIER, B. et ANDORNO. A., « Secret professionnel, principe du contradictoire et secret des affaires », JcpG n° 19, 9 Mai 2016, 563

BELVAL, B., « Tout le secret professionnel mais rien que le secret professionnel ! », Gaz. Pal. 19 avril 2016, n°15 page 27

BENABOU, V.-L.
- « Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ? », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 95
- Chroniques Droit communautaire, Prop. Int. avril 2002 n°3, n°2 Droit de la concurrence p.117

BENJAMIN, J. et VERCKEN, G., « Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels « propriétaires » ? », Prop. Int. janvier 2012 n°42, Pratique et contrats p.106

BENYAYER, L.-D. et MAMAVI, O., « Relation client et nouveaux Business Model dans l'open source », Question(s) de management 2016/3 (n° 14), p. 63

BERANGER, H., 3 questions à Matthieu Bourgeois, « Le praticien expert en droit de la donnée a un rôle central et prépondérant à jouer au sein de son organisation », Jcp G 13 novembre 2017 n°46, Informations Professionnelles - Droit de la donnée n°1208, p.2081

BERLIOZ, P., « Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée », RDC n°1, 2015 – 31 mars 2015, p.124

BESSEN, J.et MEURER, M., « Of Patent and Property, Regulation », Regulation, Winter 2008-2009, p.18-26 issu de leur ouvrage « Patent Failure: How Judges, Lawyers, and Bureaucrats Put Innovators at Risk (Princeton University Press, 2008)

BESSY, Ch., « L'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail », Revue d'économie industrielle n°125, 1er trimestre 2009, p.9

BITAN, V. H., « La loi DADVSI ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », rldi n°29, 2007, Perspectives – Analyse n°972 p.64

BLAISE, J.-B., « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 2000 - 2001 », RTD Eur. 2002 p.339

BOILLOT, Ch., « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTDCom 2010, p.243

BOLDRIN, M. et LEVINE, D. K., « The Case Against Patents », Journal of Economic Perspectives, Volume 27, N° 1 - Winter 2013, p. 3–22

BONET, G., « Le point sur l'application de l'article 82 (ex-art. 86) CE en matière de propriétés intellectuelles », RTD eur 2004 p.691

BOSCO, D.,
- « Patent war » : les conditions de la qualification d'abus de position dominante sont précisées », ccc n° 1, Janvier 2015, comm. 13
- « Le juge national peut annuler le contrat qui a fait l'objet d'une décision d'engagements de la Commission », ccc n° janvier 2018 – Concurrence –protection du marché, comm. n°16
- « Les recours contre les décisions du Rapporteur général quant au secret des affaires incombent à la cour d'appel de Paris », ccc n° 1, Janvier 2017, comm. 20
- « Onction européenne sur le dispositif français de saisies informatiques, ccc n°6 juin 2015, Comm.152
- « Une application de la théorie des infrastructures essentielles à un cas de refus d'insertion d'une annonce publicitaire », ccc n°12 décembre 2014, comm. 276

- « What else ? Le droit ! », ccc n°11, novembre 2014, comm. n°253 – Procédure d'engagements p.25
BOUCHE, N., « La protection du savoir-faire », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.346

BOUGETTE, P., « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », Revue internationale de droit économique, 2011, dossier spécial n°4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p.111

BOURGUET, F. et Vives-Albertini A., « Normalisation et droits de propriété intellectuelle : la difficile cohabitation », Prop. Int. octobre 2012 n°45, Doctrine p.295

BOUVET, T., « Détermination du détenteur légitime des droits sur un secret d'affaires », Prop. Ind. n°9, septembre 2018, Dossier n°9

BRETZNER, J.-D., « Droit de la preuve - juin 2015 - juin 2016 », D. 2016 p.2535

BRONWYN, H. H., « Open Innovation and Intellectual Property Rights – The Two-edged Sword », University of California at Berkeley, USA,
http://eml.berkeley.edu/~bhhall/papers/BHH09_IPR_openinnovation.pdf

BROUSSOLLE, Y., « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », Jcp G n° 13, 29 Mars 1995, II 22404

BROUSSY, E., DONNAT, F. et LAMBERT, Ch., « Chronique de jurisprudence communautaire », AJDA 2009 p.1535

BURE (DE) F. et PINÇON, J.-B., « La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations : quelles conséquences pour le droit de la concurrence ? », rlc n°34 janvier-mars 2013 Actualités-Eclairage-Concentrations économiques n°2184 p.9

CAPRIOLI, E. A.
- « Condamnation pour abus de confiance d'un salarié ayant détourné des données professionnelles à des fins personnelles », cce n°2 février 2015, Sécurité de l'information - Fuite d'information et protection Comm. n°17
- « Condamnation pour maintien dans le STAD et vol de fichiers informatiques », cce septembre 2015, Sécurité de l'information - sécurité des systèmes d'information, Comm. n°74

CARCASSONNE, G., « La liberté d'entreprendre », rlda n°55 décembre 2010 Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel p.45

CARON, CH.
- « Droit d'auteur - Contribution à l'étude du droit d'auteur économique : les cessions de droit peuvent être implicites ! », cce n° 1, Janvier 2003, comm. 1
- « La défense d'un droit de propriété intellectuelle ne justifie pas un comportement anticoncurrentiel », cce n°2 janvier 2016, comm. n°2
- « L'efficacité des licences dites « FRAND » (ou l'indispensable conciliation entre la normalisation et le droit des brevets d'invention grâce à la stipulation pour autrui) », cce Juillet 2013 n° 7-8, étude 12
- « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », D. 2003 p.1556
- « Secret et relations d'affaires - secret et propriété intellectuelle », revue Droit et patrimoine 2002, n°102
- « Un cocktail explosif : abus de position dominante, action en contrefaçon, brevet essentiel à une norme et licence FRAND », cce septembre 2015 n°9, comm.65
- « L'oeuvre libre confrontée à quelques aspects du droit commun des biens et du droit d'auteur », cce n°7-8 juillet-août 2018, Etude n°12

CASAUX-LABRUNEE, L., « La confrontation des libertés dans l'entreprise », Droit social 2008, p.1032

CASEAU-ROCHE, C., « La clause de confidentialité », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.119

CATALA, P.
- « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D., 1984, chr., p. 97
- « Rapport de Synthèse : le droit au secret face au droit de savoir », Droit et patrimoine, n°102, mars 2002, dossier p.86

CERVETTI, P.-D., « Les accords de report d'entrée : une stratégie méconnue du secteur pharmaceutique », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2013, étude 9

CHAGNY, M.
- « Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle : ouverture d'une enquête par la Commission », cce n° 12, Décembre 2007, comm. 153
- « Echange d'informations dans la téléphonie mobile : un vent de rigueur ? Nouvel épisode … communautaire », cce n°11, novembre 2009, Comm. 101
- « Feu vert à l'action en nullité après une décision d'engagements », Revue de jurisprudence commerciale n°2 Mars / Avril 2018, Chronique Droit de la concurrence, p.14
- « Haro sur les échanges d'informations entre concurrents ! Les opérateurs de téléphonie mobile sanctionnés par la cour d'appel de Paris », cce n° 2, Février 2007, comm. 26
-, « Les échanges d'informations dans la téléphonie mobile devant la Cour de cassation : à propos des éléments constitutifs de l'entente prohibée », cce n° 9, Septembre 2007, comm. 108
- « www.sncf-voyages.com devant la cour d'appel de Paris », cce n° 7-8, Juillet 2010, comm. 73

CHAGNY, M. et FOURGOUX, J.-L., « Les clauses de non-concurrence : approche pratique », rlda février 2012 n°68, Perspectives-Etude n°3886, p.62

CHAMPEIL-DESPLATS, V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Revue de droit du travail 2007 p.19

CHARLIER-BONATTI, B., « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », cce mai 2014, Etude n°8

CHELLIAH, D., « Nouveau régime pour les accords de transfert de technologie », rlda n°94 juin 2014, p.44 n°5159

CHESBROUGH, H.W. et BROWN, J. S., « *Open innovation : the new imperative for creating and profiting from technology* », Harvard Business School Press, Boston, 2003

CHEYNEL, B., « Protection du secret d'affaires – Nouvelle mouture », rlc n°19 avril-juin 2009

CILEA, A. et MANIGRASSI, L., « EU merger control and big data – Quid novi sub sole? », in On-Topic Big Data and competition law, Concurrences N° 4-2017, p.1

CLAUDEL, E.
- « Entente et échanges d'informations sur un marché oligopolistique : où l'affaire rebondit sur le terrain du dommage à l'économie (un dommage qui ne peut être présumé) », RTD Com. 2010 p.282
- « Ententes : la Cour de cassation refuse de sanctionner per se l'échange d'informations entre oligopoleurs », RTD Com. 2007 p.707
- « Il appartient aux juridictions saisies de vérifier si l'effet potentiel ou avéré des pratiques anticoncurrentielles incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché considéré », D. 1999 p.24

- « Oligopole et échanges d'informations : et revoilà l'affaire de la téléphonie mobile ! », RTD Com. 2010 p.75
- « Procédures de transaction, de clémence et d'engagement : de nouvelles précisions », Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2018, chronique 4 Cour de justice et tribunal de l'Union européenne
- « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », Concurrences N° 4-2015, p.13
- « Union européenne - Cour de justice et tribunal de l'Union européenne (2nde partie), Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2017, chron. 6

CLEMENT-FONTAINE, M.
- « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », Prop. Int. janvier 2008 n°26, Doctrine p.69
- « La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.164
- « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », rldi n°1, janvier 2005, Activités – Eclairage – Activités de l'immatériel, n°20 p.33

CLEMENT-FONTAINE, M., ROBIN, A., BERNAULT, C., GIDROL-MISTRAL, G., ORSI, F., « La production de la diffusion ouverte des connaissances : stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement », LPA – 18 août 2014 - n° 164 – p. 38

CORIS, M., « La culture du don dans la modernité - Les communautés du logiciel libre », Réseaux, 2007/1 n° 140

CORNESSE, I., « Clauses de confidentialité, vers une nouvelle saga judiciaire ? », rlda, n°929 juillet-août 2008, repères 1749, p.55

CRIFO-TILLET, P., in « L'analyse de l'innovation dans les modèles de croissance endogène », Revue française d'économie 1999 Volume 14 N° 2 pp. 189

DARAGON, E., « Etude sur le statut juridique de l'information », D. 1998 p.63

DASS, N., NANDA, V., XIAO, S. C., « Intellectual Property Protection and Financial Markets : Patenting vs. Secrecy », October 2014, disponible au /2018 à l'adresse http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/subjects/finance/events/seminars/innoprotect_v4b.pdf

DEBRE, P. et CORBINEAU-PICCI, S.
- « Brevets essentiels et redevances FRAND », Prop Int. Avril 2014 n°51, Doctrine p.126
- « FRANDez-vous en terre inconnue », Prop. Ind. n° 4, Avril 2018, étude 10

DECOCQ, G.
- « Des précisions sur la publication des décisions et la protection du secret des affaires », ccc n° 6, Juin 2017, comm. 134
- « 384,9 millions d'euros d'amende pour 11 banques en raison de commissions interbancaires », ccc n°12, décembre 2010, comm. 278,
- « Abus de position dominante versus brevet », ccc n°10, octobre 2015, comm. 234
- « L'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée », ccc n°7 juillet 2009, Comm. n° 197
- « Le respect du principe du contradictoire et le secret d'affaires », ccc n°7, Juillet 2011, Comm. 172
- « Le secret contre les droits de la défense », ccc n°1, janvier 2015, comm.18
- « Le secret des affaires et les demandes de mesures conservatoires », ccc n° 2, Février 2017, comm. 41
- « Publicité des décisions vs. secret professionnel », ccc n° 7, Juillet 2006, Comm. 137
- « Regard sur le droit des abus de position dominante – Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », AFEC, 2006, disponible à l'adresse

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_decocq.pdf
- « Un échange d'information peut être une infraction par objet », ccc n°5, mai 2015, Comm. 125
- « Un échange d'informations peut être qualifié d'infraction par objet », ccc n° 6 juin 2013, comm. 137
- « Les soupçons de contrefaçon ne justifient pas des refus de vente discriminatoires et collectifs », ccc, août-septembre 2017, comm. n°182

DECOCQ, G. et YLOUSES (DES) A.-L.-H., « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », Jcp E n° 35, 1er Septembre 2016, 1456

DELEGUE, M. A. et a., « Droit de l'information – Libre accès, communication scientifique directe : cadres juridiques », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2010/2 Vol. 47, p. 22

DELERUE, H., « Secret et Confiance : substitut ou complément dans la protection des actifs intellectuels ? », La Revue des Sciences de Gestion, 2008/5 n°233, p. 67

DELPECH, X.
- « Adoption de la directive sur la protection des secrets d'affaires », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.216
- « Une proposition de loi visant à transposer la directive « secret des affaires », AJ Contrat 2018, p.100

DELVOLVE, P.
- « Les libertés économiques », RFDA 2017 p.33
- « Droit public de l'économie », D. 1998, p. 109

DEPINCE, M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTDCom 2009, p.259

DERIEUX, E., « Droit économique européen des médias audiovisuels », LPA n°156, 7 août 2000, p. 8

DESTOURS, S., « Lumière sur le groupe EDF », RLC n°20 Juillet-Septembre 2009, Concurrence et droit public – Actualités-Eclairage, p.59 n°1420

DIENY, E.
- « Avis de grand frais sur les accords (anticoncurrentiels) entre laboratoires princeps et génériques, ccc août-septembre 2013, Focus n°48, p.3
- « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ? », rlc Juillet - Septembre 2014, n° 40, p. 17, Pratiques anticoncurrentielles n° 2565
- « Règlements communautaires d'exemption : après les accords de distribution, la révision des accords de coopération », ccc n° 8-9, Août 2010, alerte 55

DIETRICH, Y., « Logiciels Opensource : une réalité juridique au sein des entreprises », rldi avril 2005 n°4, Actualités de l'immatériel n°119, p.28

DREXL, J., « Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access », Jipitec 2017 n°4, p.257
DRILLON, S., « L'abus de position dominante : véritable rempart dans le processus de normalisation », Prop. Int. juillet 2016 n°60, Doctrine p.292

DULONG DE ROSNAY, M., « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'oeuvres en ligne - À propos de Creative Commons », rldi ,°2, février 2005, Activités – Eclairage – Activités de l'immatériel, n°59 p.35

DUPONT-LASSALLE, J., « Accès aux documents », Europe n°4, avril 2015, Comm. 145

DUSOLLIER, S.
- « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2015, dossier 52
- « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », Prop. Int. janvier 2006 n°18, Doctrine p.10

FABRE, G., « Saisies globales de messageries et respect du secret professionnel de l'avocat », rlc n°30 janvier-mars 2012, Actualités-Eclairage-Droit processuel de la concurrence n°1989 p.60

FARCHY, J. et FROISSART, P., « Le marché de l'édition scientifique, entre accès « propriétaire » et accès « libre » », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 137

FITZGIBBON, M., « Analyses outillées de la propriété intellectuelle des logiciels et traçabilité des composants tiers », rldi n°102, Mars 2014, Perspectives – dossier spécial : Logiciels libres, open source : questions d'actualité, n° 3412 p. 150

FORAY, D. et ZIMMERMANN, J.-B, « L'économie du logiciel libre - Organisation coopérative et incitation à l'innovation », J.-B. Revue économique, 2001/7 Vol. 52, p. 77

FOURGOUX, J.-L., « De l'eau dans le gaz entre Direct Energie et GDF Suez : reconnaissance du droit d'accès au fichier clients de l'opérateur historique », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014, p.340

FOURNIER DE CROUY, N., « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », LPA n°223 8 novembre 2017, p.5

FRIEDMAN, D. D., LANDES, W. M.et POSNER, R. A., « Some Economics of Trade Secret Law », The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1 (Winter, 1991), pp. 61-72, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.jstor.org/stable/1942702

GAHDOUN, P.-Y.,
- « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations) - mars 2011
- « La limitation de la liberté contractuelle par la notion de « cadre légal », D. 2015, p.779

GALLOUX, J.-CH.,
- « Ébauche d'une définition juridique de l'information », D., 1994, chr., p. 229
- « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaire », RTD Com. 2017 p.59
- « L'identification des secrets d'affaires », Prop. Ind. n°9, septembre 2018, Dossier n°8

GALOPIN, B.
- « Comment concilier propriété intellectuelle et normalisation? », Prop. ind.n°7-8 juillet 2012, alertes 47, p. 3.
- « Du nouveau pour le secret d'affaires - Droit de l'information », Documentaliste-Science s de l'information, Vol 51, n°1, 2014, p.21

GARDERES, N., « Grenelle 2 : les dispositions relatives au climat », Environnement et Développement durable n° 10, Octobre 2010, étude 21, n°13

GARFIELD, E., « What is the primordial reference for the phrase “publish or perish ? », The Scientist, 10 juin 1996, Vol 10, n°12 p.11, www.garfield.library.upenn.edu/commentaries/tsv10%2812%29p11y19960610.pdf

GARINOT, J.-M.
- « L’Union européenne au secours du secret d’affaires », Droit et patrimoine, n°232 janvier 2014, Analyses-Droit des affaires p.20
- « La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ? », AJ Pénal 2017 p.378
- « Le secret des affaires, des limbes juridiques au droit positif », Droit et Patrimoine Septembre 2016, n°261, Analyse – Secret des affaires p.32
- « Secret d’affaires : Le législateur devance l’Union Européenne », Droit et Patrimoine octobre 2014, n°240, Analyse p.22
- « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. Pal. 11 décembre 2014 n°345, p.9
- « Vers une meilleure protection du secret d’affaires devant l’Autorité de la concurrence », Droit & Patrimoine, n°243 janvier 2015, Analyse-Droit des affaires p.24

GARINOT, J.-M. et GRAYOT-DIRX, S., « Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ? », Gaz Pal n°14, 12 avril 2016, p. 23

GARRAUD, A., « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », LPA n°11, 16 janvier 2017, p.5

GAUDILLERE, P., « Licences de logiciels libres et risques juridiques », cce n° 4, Avril 2005, étude 16

GAUMONT-PRAT, H. « MPEG LA invite les brevets CRISPR-Cas9 à être mis en commun avant le 30 juin 2017 », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2017, alerte 57

GAVALDA, CH. et LUCAS DE LEYSSAC, C., « Des échanges d'informations sur les prix peuvent-ils constituer des pratiques anticoncurrentielles ? », D. 1990 p.102

GAVED, M., « Bonnes Pratiques dans le suivi des engagements », Concurrences N° 3-2012 I Colloque « Remèdes et contrôle des concentrations », conférence du 20 avril 2012, p.9

GEIGER, CH. et BOYER, J.
- « 3 Questions - L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », Jcp E n° 5, 4 Février 2016, p.98
- « L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires », ccc n° 3, Mars 2016, alerte 18

GLAIS, M., « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de « dominantes » dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com. 2015 p.649

GOFFAUX CALLEBAUT, G., «Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d'instruction in futurum d'instruction in futurum », Bulletin Joly Sociétés - n°11, novembre 2017, p. 657

GOMY, M.
- « La clause de non-concurrence se justifie par la protection des intérêts légitimes de l’entreprise », D. 2002, p.1262
- « La primauté du droit à la déspécialisation partielle sur la clause de non-concurrence : l’arbre qui cache la forêt », rlda n°75, octobre 2012, Perspectives-Etude n°4287 p.49

GOUGE E., « Quelle incidence l’ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? », rlda septembre 2016 n°118, Dossier n° 6003 p.49

GOUGE, E. et DE FREITAS, V., « Quelle protection du secret d'affaires lors du procès civil ? », Prop. Intellectuelles, janvier 2015, n°54, Doctrine p.36

GRATTON L., « La clause de confidentialité sans contrepartie financière obligatoire, un horizon indépassable ? », Revue de droit du travail 2015 p.39

HAGEL, F., « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2012, dossier 3

HANCE, O., « L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information », rldi n°75, octobre 2011, p.66

HAUTZ, J., SEIDL, D. et WHITTINGTON, R., « Open strategy: Dimensions, Dilemmas, Dynamics », Long Range Planning 50 (2017) 298

HERKKO, H., « Creative Commons Olympics. How Big Media is Learning to License From Amateur Authors », Jipitec n°2, 2011, p.50

IDOT, L.
- « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Une stabilisation de la jurisprudence en matière d'abus de position dominante ? », RTD Eur. 2015 p.826
- « La liberté de concurrence en France », LPA 23 mars 2000, n°59, p.4-13
- « Accès aux documents échangés entre la Commission et une ANC », Europe n°7, juillet 2015, Comm. 268
- « Accès aux documents et règlement (CE) n°1049/2001 », Europe n°8 août 2012, Comm. n°327
- « Accord de licence et paiement de redevances », Europe n° 10, Octobre 2016, comm. 354
- « Accords de report d'entrée dans le secteur pharmaceutique », Europe, novembre 2016, Politiques et actions de l'Union – Concurrence, Comm. n°408
- « Accords horizontaux », Europe n° 2, Février 2011, comm. 68
- « Adoption des nouveaux textes relatifs aux accords de coopération horizontale », Revue des contrats 1er avril 2011 - n° 2 - page 479
- « Adoption par la Commission d'une nouvelle communication sur les accords de minimis », Revue des contrats 1er décembre 2014, n°4
- « Brevet essentiel et licences à des conditions FRAND », Europe, octobre 2015 n°10, comm. 374
- « Chronique de droit communautaire de la concurrence - 1er juillet 1997 - 31 décembre 1998 », RTD Eur. 1999 p.111
- « Chronique Droit européen de la concurrence - Restriction par objet et analyse par les effets : où en est-on en matière d'ententes ? », RTD Eur. 2014 p.935
- « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Les suites de l'arrêt dit « des cartes bancaires » : la distinction « restriction de concurrence par objet/restriction par effet » toujours au coeur des débats sur l'article 101 TFUE », RTD Eur. 2016 p.817
- « Divulgation d'informations confidentielles », Europe n°1, janvier 2013, Comm. 35
- « Droits exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) » LPA 25 novembre 2005 n° 235 – p. 5
- « Échanges d'informations et restriction par objet », Europe n° 5, Mai 2015, comm. 188
- « Entente et échanges d'informations », Europe n° 8-9, Août 2009, Comm. 323
- « Information et droit de la concurrence », rlda n° 60, 1er mai 2003
- « Infraction unique et continue et échanges d'informations », Europe n° 5, Mai 2013, comm. 217
- « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats - 01/07/2004 - n° 3 – p. 882
- « Nouvelles variations sur la confidentialité », Europe n°11, novembre 2013, Comm. 471
- « Portée d'une décision d'acceptation d'engagements », Europe, n°1 janvier 2018, Politiques et actions de l'union Européenne, comm. n°18

- « Précisions de la Cour de Justice sur les échanges d'information entre concurrents », Revue des contrats, octobre 2009 n°4, p.1401
- « Protection des informations confidentielles », Europe n°7, juillet 2015, Comm.269
- « Protection des savoir-faire et secrets d'affaires », Europe n° 8-9, Août 2016, comm. 303
- « Seuil de sensibilité », Europe n° 8-9, Août 2014, comm. 339
- « Une facette de la modernisation du droit communautaire de a concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », LPA n°22, 2005, p5
- « Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », revue des contrats, septembre 2014, n°3
- « Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », RTD Eur. 2014 p.943
- « Protection des informations confidentielles », Europe n° 7, Juillet 2015, comm. 269

INES, B., « Site internet d'un syndicat : limites à la liberté d'expression », D. 2008 p.840

ISCKIA, T. et LESCOP, D., « Une analyse critique des fondements de l'innovation ouverte », Revue française de gestion, 2011/1 n° 210, p. 87

JAEGER, T., « Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe », Jipitec n°1, 2010 p.34

JAMIN, CH., « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », D. 2003 p.2878

JAUNASSE, A., « Les critères de validité des clauses de non-concurrence », rlc juillet-août 2016 n°52, Transparence et Pratiques restrictives de concurrence, n°2997 p.6

JEAN, B. et ZAPOLSKY, A.
- « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'open source » (1ère partie), Gaz. Pal. 25 octobre 2008 n° 299, p. 19
- « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'open source » (2ème partie), Gaz. Pal. 24 janvier 2009 n° 24, p. 15

JEHL, J., « OMPI : information du public par des licences en ligne », JcpG n°51 16 décembre 2013, n°1355 (OMPI Communiqué PR/2013/750, 6 décembre 2013)

JOURDAN, F., « Open source dans les marchés publics : la liberté d'imposer une solution libre », JCP E 2011. 1854

JUILLET, A.et PUAUX, F., « L'intelligence économique et le droit », Cahier de droit de l'entreprise n°5, septembre 2008, dossier n°42

KAMAL, M. et PEREZ, L., « La liberté d'entreprendre à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité », rlc n°31 avril 2012, Actualités - Concurrence et droit public – Eclairage, p.49

KDHIR, M., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », D. 1994 p.30

KEELAGHAN, TH., « "LINUX", logiciels libres et licences », cce n° 2, Février 2002, chronique n° 6
KIPIANI, P., « Les engagements : vers un droit « négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles », ccc n° 12, Décembre 2010, étude 13

KITCH, E. W., « The Law and Economics of Rights in Valuable Information », Journal of Legal Studies, 1980, n°9, p.683

KOEHLER DE MONTBLANC, M., « Comment éviter la violation du secret de la correspondance avocat/client lors des opérations de visites et saisies ? », rlc n°39 avril-juin 2014, Droit processuel de la concurrence n°2537 p.111

KOVAR, J. PH., « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », Droit Administratif n°12, Décembre 2007, étude 18

KROES, N., « La libre concurrence n'est pas une fin en soi », Concurrences, 3-2007, p. 1

LACRESSE, A. et PIHERY, R., « Le savoir-faire et le droit de la concurrence », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.359

LAFLEUR, P., « Les stratégies conventionnelles d'anticipation du risque incorporel lié aux marques et à la PI… », rdla n°91 mars 2014, Perspectives n°5023, p.100

LAMADRID, A. et VILLIERS, S., CPI Antitrust Chronicle, « Bid data, privacy and competition law : do competition authorities know how to di it », janvier 2017, disponible à l'adresse : https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/01/cpi-lamadrid-villiers.pdf

LAMY, P., « Avant-propos. L'OMC et les normes internationales », Annales des Mines - Responsabilité et environnement n°67 juillet 2012

LANORD FARINELLI, M., « La norme technique : une source du droit légitime ? », RFDA 2005 p.738

LAPERCHE, B., « Les inventions, la science et la guerre : la place du secret », Innovations, 2005/01 n°21, p.109-143

LAPOUSTERLE, J.
- « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », D. 2014, p.682 :
- « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », Dalloz IP/IT 2016 p.493
- « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? », D. 2016 p.1072

LAPOUSTERLE, J., GEIGER, CH., OLSZAK, N. et DESAUNETTES, L., « Quelle protection pour les secrets d'affaires au sein de l'Union européenne? Observations du CEIPI sur la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées », disponible à l'adresse
http://www.ceipi.edu/index.php?id=5518&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=8757

LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ Pénal 2011, p.459

LATIL, A., « Contrefaçon de brevets essentiels à une norme : les conditions de l'abus de position dominante précisées », JcpE n°39, 24 septembre 2015, 1454

LAVEDAN, M.
- « Précision sur les inspections et les saisies informatiques par la Commission européenne », rlc n°36 juillet-septembre 2013, droit processuel de la concurrence n°2361 p.96
- « Un tournant pour les saisies informatiques de correspondances avaocat-client ? », rlc n°36 juillet-septembre 2013, Actualiés-Eclairage n°2360 p.91

LE GALLOU, C., « Les contrats Pay for Delay, illégaux », rldciv n°100 janvier 2013, Perspective – Chronique – Common law, n° 4963, p.68

LE STANC, CH.
- « Chut ! », Pro. Ind. n° 6, Juin 2016, repère 6
- « Propriété intellectuelle et savoir-faire », Prop. Ind. n°5 mai 2013, repère n°5

LEBLOND, L., « L'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale LPA 31 juillet 2015, n°152 p.9

LECOURT, A., « Nouvelles règles européennes de concurrence et lignes directrices applicables aux « accords de coopération horizontale » : de maigres bénéfices et de grosses critiques ! », rlda n°59, avril 2011, Droit économique – Actualités n°3390 p.38

LEGEAIS, D., « Convention d'unité de compte. Interdiction pour la banque de se contredire dans la mise en oeuvre de la convention », RTD Com. 2005 p.397

LEMAIRE, C.,
-« La Commission européenne invite les entreprises à se prononcer sur des engagements relatifs au respect de brevets essentiels liés à une norme dans le domaine des communications mobiles », Concurrences N° 1-2014, Chroniques – Procédures – p. 173
- « La protection du secret d'affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », Jcp E n°4, 26 janvier 2006, n°1161

LEMAIRE, C. et Naudin S., « L'Autorité de la concurrence enjoint à titre conservatoire à un ancien monopole historique de mettre des données de son fichier client à disposition de ses concurrent », Concurrences N° 4-2014, Chroniques - Procédures, p. 213

LEMARCHAND, S., FREGET, O. et SARDIN, F., « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », Prop. Int. n°6 Janvier 2003, Doctrine p.11

LEMLEY, M. A., "The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights," Stanford Law Review, Vol. 61, pp. 311 – 353, 2008, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1155167

LEMLEY, A. et SHAPIRO, C., « Probabilistic Patents », Journal of Economic Perspectives—Vol. 19, n°2 – Printemps 2005, p.75

LENOIR, N.
- « La consécration d'un nouveau contentieux autonome des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de levée des secrets d'affaires », rlda n°105, juin 2015, Perspectives-Tribune n°5630 p.46
- « La protection des secrets d'affaires devant l'ADLC : comment l'arrêt Syndicat FILMM du Conseil d'État du 10 octobre 2014 illustre les tensions entre cette protection et le principe du contradictoire », rlc n°42 janvier-mars 2015 n°2714
- « La protection des secrets d'affaires, un droit fondamental du marché intérieur consacré par la directive n°2016/943 du 8 juin 2016 », rlda n°120 Novembre 2016, Éclairage n°6050, p.16
- « Les principes constitutionnels », rlda n°55, décembre 2010, Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel, p.14
LERNER, J. et TIROLE, J., « Efficient patent pools », 3 Septembre 2003, disponible à l'adresse : http://publications.ut-capitole.fr/1195/1/patent_pools.pdf
LESCOP, D., « Les échanges d'informations entre non-concurrents », D. 2009 p.187

LESQUINS, J.-L., « Marché de l'électricité : la triangulation impossible », rlc n°13 octobre 2007, Perspectives, p.112

LEVENEUR, L., « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », AJDA 1998 p.676

LEVEQUE, F., La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up, rlc juillet-septembre 2007 n°12, Perspective-Etude p. 170 n°883

LEVEQUE, F. et CALVET, H., « Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, frères ennemis ? », rlc N° 37, octobre 2013, p. 93

LÉVÊQUE F. et MÉNIÈRE, Y.
- « Vagueness in RAND Licensing Obligations is Unreasonable for Patent Owners », 29 Juillet Y.29 2009, disponible à l'adresse : http://ssrn.com/abstract=1030520
- « Technology Standards, Patents and Antitrust », Competition and Regulation in Network Industries, Volume 9 (2008), n°1, p.29
- « UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are All Oligopoly Information Exchanges Bad for Competition ? », World Competition Law and Economic Review 2007, 30(2): 231-241

L'HENORET-MARCELLESI, D., « Les infrastructures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies », Gaz. Pal. 21 juillet 2005 n° 202 – p. 32

LINDITCH, F., « Focus sur le Rapport CADA 2008 », Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2009, alerte 40

LINOTTE, D., « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », AJDA 2005 p.1549

LIOTARD, I., « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3e génération de téléphonie mobile », Revue internationale de droit économique, 2008/1 t. XXII, 1, p. 47-65

LOISEAU, G.
- « La clause de confidentialité n'est efficace que si elle est précise », cce n°1, janvier 2015, Comm. n°3
- « La liberté d'expression du salarié », Revue de droit du travail 2014 p.396

LORIEUL, V. et WILHELM, P., « Etude du Nouveau Paquet Restrictions Horizontales », ccc n°3, mars 2011, étude n°4 p.7

LUC, I., « Le rôle de la cour d'appel de Paris dans le contentieux de concurrence : la citadelle assiégée ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.386

LUCAS, J.et CAMAND, S., « 3 questions – Pratiques anticoncurrentielles : accès aux documents contenant des secret d'affaires », Jcp E n°50, 11 décembre 2014, n°942

LUCAS-PUGET, A.-S., « La clause de confidentialité, ccc n° 7, Juillet 2016, form. 7

MAINGUY, D., « L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne - À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », Jcp G n°38, 17 septembre 2018, Etude n°964
MAISON ROUGE (DE) O.
- « Le secret des affaires à l'épreuve de la procédure judiciaire », Dalloz IP/IT 2017 p.543
- « Secret des affaires : le nouveau cadre juridique de l'information économique protégée », Hebdo édition affaires n°548 du 5 avril 2018, N° Lexbase : N3532BX4

MALAURIE-VIGNAL, M.
- « Appréciation de la proportionnalité d'une clause de non-concurrence », ccc n°12, décembre 2014, Comm. n°268

- « Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire ? », ccc n°1 janvier 2011, repère n°1
- « La théorie du seuil de sensibilité est écartée en présence de restrictions flagrantes de concurrence », ccc n° 3, Mars 2005, comm. 47
- « L'économie collaborative ou les métamorphoses du capitalisme ? », ccc n° 5, Mai 2016, repère 5
- « Pratiques anticoncurrentielles - Engagements, droit de la concurrence et droit des contrats », ccc n° 2 février 2007, Repère 2
- « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », D. 2012 p.1415
- « Le projet de simplification du droit intéresse le droit de la concurrence », ccc n° 5, Mai 2004, comm. 79

MALLET-POUJOL, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », D., 1997, chr., p. 330

MANOIR DE JUAYE (DU) T., « Le secret d'affaires – commentaires de décisions récentes », rldi, novembre 2010 n°65, p.69

MARCINKOWSKI, M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution n°1 du 18 janvier 2016, p.16

MARECHAL, C.
- « Application du droit des ententes aux accords de transfert de technologie : se méfier des eaux qui dorment ! », ccc n° 8-9, Août 2014, alerte 45
- « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », D. 2012 p.167

MARINO, L.
- « Brevets high-tech à la CJUE : BEN, licence FRAND et action en contrefaçon », Gaz. Pal. 5 novembre 2015 - n° 309
- « Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière », rldi février 2014 n°101, Perspectives-Analyses n°3365 p.69

MARTIN, D., « Le secret d'affaires, notion en devenir », LPA 31 juillet 2015, n°152 p.4

MARTIN, L., « Le risque informationnel dans les relations de partenariat – Environnement et acteurs », Cahier de droit de l'entreprise n°5, septembre 2008, dossier 43

MARTIN, S. et LEVILAIN, F., « L'application de la théorie des «facilités» essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz », Gaz. Pal. 24 octobre 2002 n° 297 – p. 4

MARTY, F.
- « Engagements : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements proposés par l'opérateur dominant des machines à café expresso à dosette pour répondre à ses préoccupations quant à une possible éviction de ses concurrents sur le marché aval des dosettes (Nestlé, Nespresso) », Concurrences N° 4-2014, Chronique - Pratiques unilatérales, p.130, n°69886
- « L'Autorité de la concurrence sanctionne un opérateur dominant du secteur des bases de données d'informations médicales et des logiciels de gestion de clientèle pour refus d'accès discriminatoire », Concurrences N° 4-2014, Chroniques - Pratiques unilatérales, p.135

MARTY, F. et MEZAGUER, M., « Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne ? », Revue internationale de droit économique 2016/1 (t. XXX), p. 55 mettant l'accent sur le caractère déséquilibré des relations entre opérateur et autorité de la concurrence

MARTY F. et PILLOT J.
- « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision « voyagessncf.com » : une analyse économique », rlc avril-juin 2009 n°19, Pratiques anticoncurrentielles n°1333, p.20
- « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », Revue d'économie industrielle, 129-130 | 1er et 2e trimestres 2010

MASSON, E. et a., « Droit de l'information - Don't ask, don't tell, just do it, La communication scientifique directe, entre légalité et prise de risque », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2009/2 Vol. 46, p. 24

MATHEY, N., « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », RTD Civ. 2008 p.205

MATHONNIERE, C.
- « La protection du secret d'affaires renforcée devant l'Autorité de la concurrence, rlda n°105, juin 2015, Actualités-Eclairage n°5622 p.35
- « OVS : Quand et comment contester les saisies de documents ? », rlda n°89, janvier 2014 p.39, n°4926
- « Visites et saisies domiciliaires : la France à nouveau condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », rlda n°106 juillet-août 2015, Actualités-Droit économique n°5665 p.32

MATTOS (DE) O., « La protection du secret d'affaires vue par l'Autorité de la concurrence », cahier de droit de l'entreprise n°2, mars 2010, act. 20

MAUREL, L., « Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence », Mouvements 2014/3 (n° 79), p. 100

MAZEAUD, D., « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006 p.761

MBONGUI-KIALO, S., « Le brevet : un outil de communication au service de l'innovation », Revue internationale d'intelligence économique, 2012/2 Vol 4, p. 175

MENDOZA-CAMINADE, A., « La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise : vers l'achèvement de la dématérialisation du délit ? », D. 2015 p.415

MENIERE, Y., « Le rôle économique des « pools » de brevet », La jaune et la rouge - polytechnique, revue mensuelle des anciens élèves et diplômés de l'école, n°672 février 2012

MESTRE, J. et MESTRE-CHAMI, A.-S., « Prévention et règlement des différends économiques », rlda Perspectives 5075, n°13) p.77
METZGER, A. et HEINEMANN, T., « The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons Licenses and the Directive on Collective Management », Jipitec n°6, 2015, p.11

MEURIS, F., « LA SACEM et la communauté du libre », cce n°10, Octobre 2013, alerte 64

MILCHIOR, R., « Nouveau règlement d'exemption relatif aux accords de transfert de technologie : un texte au milieu du gué », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.132

MILCHIOR, R. et FOURGOUX, V., « Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.391

MILLERAND, A.
- « La protection des secrets de la vie des affaires à l'épreuve des mesures in futurum », Droit des sociétés n°6, Juin 2011, Alerte 24
- « Le détournement des informations de l'entreprise », Jcp E n° 48, 27 Novembre 2014, 1607

MIRATON, D., « Comment Michelin a ouvert son innovation », Le journal de l'école de Paris du management, 2013/1 N° 99, p. 37

MOÏNI-SHABESTARI, N. parrainée par COPPO, B., « La publication des sentences arbitrales : les leçons milanaises », Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2012, 12

MOLFESSIS, N., « Le contrat », rlda n°55, décembre 2010 Supplément L'entreprise et le droit constitutionnel p.47

MOUNIER, P., « Le libre accès : entre idéal et nécessité », Hermès, La Revue, 2010/2 n° 57, p. 23

MUGUET- POULLENNEC, G., « Le « secret de la concurrence » en matière de concentrations : du principe général d'accès aux documents au refus global de communication », rlc n°33 octobre-décembre 2012, Droit Processuel de la concurrence – Actualités-Eclairage n°2158, p.42

MUIZON (DE) G., « Réflexions économiques sur l'intérêt et l'efficacité des règles de minimis », in J. Vogel, E. Pfister, G. de Muizon « Accords de minimis : Faut-il les sanctionner ? », février 2013, Revue Concurrences N° 1-2013, Art. N° 50246, www.concurrences.com

MUSELLI, L.
- « Le rôle des licences dans les modèles économiques des éditeurs de logiciels open source », Revue française de gestion, 2008/1 n° 181, p. 199
- « Les modèles d'affaires des éditeurs de logiciels open¬source à l'ère du SaaS », rldi n°102, Mars 2014, Perspectives – dossier spécial : Logiciels libres, open source : questions d'actualité, n° 3411 p. 146

NICINSKI, S.
- « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2011 p.649
- « Relation entre l'opérateur historique et ses filiales », in Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2014 p.661

OUBRICH, M.et BARZI R., « Le brevet comme source d'information stratégique : cas de l'activité inventive au Maroc », Revue internationale d'intelligence économique, 2012/2 Vol 4, p. 205

PASSA, J.
- « Action en contrefaçon concomitante à la négociation d'une licence FRAND sur un brevet essentiel à une norme : conditions de l'abus de position dominante », Prop. ind. n°11 novembre 2015, étude 20, p. 9
- « La propriété de l'information : un malentendu ? », Droit & Patrimoine, mars 2001, p. 64
- « Le nouveau règlement d'exemption par catégories d'accords de transfert de technologie », Revue des contrats – 1er décembre 2014 n° 04
- « Les redevances de licence dues après l'annulation du brevet en droit de la concurrence », Prop. Ind. n° 10, Octobre 2016, étude 19.

PAULHAC, C., « « Big data » et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/Linkedin », ccc n°7, juillet 2017, alerte 44

PEIFER, N., Regulatory Aspects of Open Access, Jipitec n°1, 2010 p.131

PÉNIN, J., « Are You Open? An Investigation of the Concept of Openness for Knowledge and Innovation », Revue économique, Vol. 64, No. 1, Janvier 2013, p.133

PETERS, R., « One-Blue: a blueprint for patent pools in high-tech », Intellectual Asset Management September/October 2011 p.41

PETIT, N., « Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014 », ccc mai 2015 n°5, dossier n°3

PETZOLD, S. et BARBAT, V., « Le potentiel informationnel du brevet : un levier d'orientation marché pour l'entreprise de haute technologie », Revue internationale d'intelligence économique, 2013/1 Vol. 5, p. 71

PFISTER, E., « La communication de minimis : un point de vue de l'Autorité de la concurrence », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords de minimis

PIERRE-MAURICE, S., « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », D. 2002 p.3131

PILLOT, J., « Comment s'établit un standard technologique : la stratégie de Sony sur le marché des lecteurs et supports numériques haute définition », Innovations, 2009/2 n° 30, p. 135-155

POLLAUD-DULIAN, F., «Abus de position dominante. Droit exclusif. Refus d'octroyer une licence. Bases de données. Infrastructures ou installations essentielles (« essential facilities ») », RTDCom 2004 p.491

PONI, C., GERVAIS, D. et GERVAIS, P., « Mode et innovation : les stratégies des marchands en soie de Lyon au XVIIIe siècle », Revue d'histoire moderne et contemporaine, tome 45 N°3, Juillet-septembre 1998. Acteurs et pratiques du commerce dans l'Europe moderne, p. 589, https://www.persee.fr/doc/rhmc_0048-8003_1998_num_45_3_1926

PONSARD, M., « Abus de position dominante : la question de l'accès aux données », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.231

PORACCHIA, D., « La protection juridique des secrets de l'entreprise », Revue Droit et Patrimoine, septembre 2000, n°85, Pratique – affaires p.20

PRIETO, C.
- « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2010, chron. 3
- « Condamnation du cartel de la téléphonie mobile : satisfaction en demi-teinte », JcpG n° 37, 12 Septembre 2007, II 10153
- « Contrat forcé pour le consommateur : l'achat de capsules de café Nespresso pour l'utilisation des machines Nespresso », Revue des contrats - 31/03/2015 - n° 01 – p. 110
- « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (Ententes et abus de position dominante) », LPA 29 novembre 2007 - n° 239 p. 8

QUATRAVAUX, C., « Des brevets en accès libre pour accélérer la R&D », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2015, alerte 89

QUINIOU, M. supervisé par KESSEDJIAN, C., « Confidentialité dans l'arbitrage relatif aux secrets de fabrique et savoir-faire (et secret d'affaire de nature technique)», Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2011, 4

RAIMOND, S., « Des justifications et conséquences de l'absence de droit de propriété intellectuelle sur les informations secrètes », LPA 31 juillet 2015, n°152 p.15

RANOUIL, M., « La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie ! », cce n° 1, Janvier 2016, étude 1

RAUD, N. et NOTTE, G., « Adoption du paquet « restrictions horizontales » - Aperçu rapide », JcpE n° 51-52, 23 Décembre 2010, act. 697

RAY, J.-E., « Protéger l'information aujourd'hui et demain », Droit social 2013, p.111

RAYNARD, J., « L'obligation contractuelle de payer des redevances au titre d'une exploitation qui n'est pas couverte par le brevet », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2016, étude 23

REVET, T., « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », (Crim. 22 sept. 2004, n° 04-80.285), RTD Civ. 2005 p.164

RICHER, L., « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », D. 1999 p.523

RIFFAULT-SILK, J. « Droit des contrats et régulation économique », rlc n°3 mai 2005, Perspectives p.132

RISCH, M.V., «Why Do We Have Trade Secrets? » Marquette Intellectual Property Law Review, Winter 2007, Vol. 11, p.1, disponible au /2018 à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885778

ROBIN, A., « Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode open science », Prop. Int. Juillet 2013 n°48, Doctrine p. 260

ROBIN, C., « Refus d'accès aux documents échangés avec la Commission européenne », rlc n°44, juillet-septembre 2015, Actualités-Droit processuel de la concurrence n°2827 p.86

ROBIN, C. et SELINSKY, V., « Application de la règle de minimis », rlc mai-juillet 2005, Pratiques anticoncurrentielles - Actualités n° 192 p.23
ROCHÉ, É., « Open data et business models », Légicom 2016/1 (N° 56), p. 121

RODA, J.-CH., « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », Dalloz 2015 p.2482

RONZANO, A., « Aux termes d'un raisonnement anachronique, la Commission inflige une amende de4.34 milliards d'euros à Google pour avoir consolidé la position dominante de son moteur de recherche en imposant sa préinstallation sur les smartphones Android », l'actu-concurrence hebdo, n°30/2018 du 23 juillet 2018

ROSKIS, D. et DOREMUS, CH.-M.
- « L'accès aux dossiers de l'Autorité de la concurrence dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : enjeux et apports de la loi du 20 novembre 2012 », rlc n°36 juillet-septembre 2013, Perspectives-Etude n°2378 p.136
- « Saisies informatiques par les autorités françaises de concurrence : quelle compatibilité avec les droits de la défense ? », rlda n°68, février 2012, Actualités-Eclairage n°3874 p.39

SABATHIE, E., « L'échange d'informations confidentielles entre oligopoleurs : une entente prohibée par la Cour d'appel de Paris », D. 2007 p.198

SÄCKER, F. J., « Open Access and Competition Law - Legal Restraints on the Competition between Electronic Products of Private Publishing Houses and University Press? », Jipitec n°1, 2010 p.138

SAENKO, L., « le rôle et le secret professionnel de l'avocat à l'épreuve des visites et saisies du droit de la concurrence », ccc n°3 mars 2015, Etude n°5

SAID, A., « L'intelligence économique au service des pôles de compétitivité », Vie & Sciences de l'entreprise, 2006/1 n°170-171, p.175

SALOMON, R., « Secret des affaires et droit pénal », Jcp E n° 35, 1er Septembre 2016, 1461

SASSOLAS, D., « La durée des clauses de confidentialité », RTD Com. 2015 p.625

SAUTTER, L., « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.350

SCHILLER, S., « Secret des affaires : la directive est publiée », Jcp G n° 26, 27 Juin 2016, 746

SCHILLER, S. et LEPRETRE, J.-M., « Deux précisions sur le régime des clauses de non-concurrence », Jcp E n°24, 12 juin 2014, p.1328

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., « Le secret du bon savoir-faire », Prop. Ind. mars 2004, n°3, Comm. n°27

SCHREPEL, T.
- « Les brevets : un mal nécessaire ? Étude d'une possible remise en cause », Le Concurrentialiste, juillet 2014
- « Réflexions sur la durée optimale des brevets : un régime au service de l'innovation ? », Prop. Ind. n° 5, Mai 2017, étude 13
- « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principe de proportionnalité (1/2) », 4 octobre 2012, revue concurrentialiste, disponible à l'adresse https://leconcurrentialiste.com/2012/10/04/strategie-concurrentielle-engagements-proportionnalite/
- « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration et relation avec l'autorité de concurrence (2/2) », 10 octobre 2012, revue concurrentialiste, disponible à l'adresse https://leconcurrentialiste.com/2012/10/10/strategie-concurrentielle-operations-de-concentration-et-relation-autorite-de-concurrence/

SCHUETT, F., « Patent Quality and Incentives at the Patent Office », The RAND Journal of Economics, vol. 44, n° 2, p. 313, disponible au 5 novembre 2018 sur le portail https://www.jstor.org/stable/43186420

SCHULTZ, J. et J. M. Urban, « Protecting Open innovation : the Defensive Patent License as a new approach to patent threats, transaction costs, and tactical disarmament », Harvard Journal of Law & Technology Volume 26, Number 1 Fall 2012

SCHURR, L., « Logiciel libre : un panorama des évolutions jurisprudentielles et politiques publiques », Rldi n°102, Mars 2014, Perspectives – dossier spécial : Logiciels libres, open source : questions d'actualité, p. 153, n°3413

SECHIER-DECHEVRENS, J., « vers un déséquilibre contractuel de la clause de non-concurrence », D. 2006, p.1357

SELINSKY, V.
- « (In)compatibilité entre engagements et mesures conservatoires », RLC n°20 Juillet-Septembre 2009, Pratiques anticoncurrentielles – Actualités, p.32 n°1405
- « Echanges d'information », rlc janvier-mars 2007, Pratiques anticoncurrentielles – Actualités n°681, p.20

- « Échanges d'informations », rlc octobre-décembre 2007 n° 13 – Actualités – pratiques anticoncurrentielles, n°896, p.22
- « Le refus de vente d'une base de données, par une entreprise dominante, constitue un abus de position dominante, même si cette base de données n'est pas une facilité essentielle », rlc n°41 Octobre - Décembre 2014, Pratiques Anticoncurrentielles n°2630 p.17
- « Procédures négociées et stratégies des entreprises », Les Dossiers de la RIDE n°4, 2011 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p. 59

SERRA, Y., « Une entente ne tombe sous le coup d'une prohibition que si son impact sur la concurrence du marché considéré n'est pas négligeable ou de faible importance. L'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence au regard de la réglementation des ententes », D. 1994 p.220

SHIH, M.-J., LIU, D.-R., HSU, M.-L., « Discovering Competitive Intelligence by Mining Changes in Patent Trends », Expert Systems with Applications 37, 2010, p.2882

SIMON, F.-L., « Secret des affaires : adoption de la directive par le Parlement européen », Jcp E n° 19, 12 Mai 2016, act. 399

SLIM, H., « Le secret professionnel des avocats et la difficile articulation du principe du contradictoire et du secret d'affaires », Jcp G n° 11, 14 Mars 2016, 312

SPINOSI, P., « Le secret d'affaires et le secret du patrimoine face aux droits et libertés individuels », Droit et Patrimoine n°233 février 2014, Analyse – Patrimoine p.26

SZTEJNHORN, C., « L'Open access et l'édition juridique : l'exemple de la disruption Open Dalloz », Dalloz IP/IT 2017 p.97

TESTU, F.-X., « La confidentialité conventionnelle », Droit et patrimoine n°102, mars 2002, Dossier Secret et relations d'affaires, p.81

THERY, PH., « Production forcée des pièces : principe de la contradiction et secret des affaires », RTD Civ. 2016 p.439

TIROLE, J., « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA 19 mai 2005 n° 99 - page 67

TREPPOZ, E.
- « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », RTD Eur. 2017 p.868
- « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle - La judiciarisation des licences FRAND », RTD Eur. 2015 p.865
- « Secret d'affaires - De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ? », Prop. Ind. n° 9, Septembre 2018, dossier 7

ULLRICH, H., « Pools de brevets : problèmes et implications politiques », Prop Int. Avril 2001 n°39, Doctrine p.164

UTZSCHNEIDER, Y. et MUSSI, C., « Échanges d'informations et infraction par objet » - Commentaire de l'arrêt rendu par CA Paris pôle 5, ch 5-7 du 14 avril 2016 n° 2015/01855, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.351

VALDELIEVRE, G., « La clause de confidentialité », rlc juillet-août 2016 n°139, La clause du mois n°6225 p.41

VENAYRE, F.
- « Echanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels », rlc janvier-mars 2006 n°6, Pratiques anticoncurrentielles p.20 n°417
- « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », rlc février-avril 2005 n°2, Etude-perspective p.122 n°178
- « Licéité des échanges d'informations entre concurrents : une autorité de plus en plus régulatrice », rlc octobre-décembre 2012, n°33, Pratiques anticoncurrentielles p.18 n°2142
- « Objet vs. Effet anticoncurrentiel dans le traitement des échanges d'informations », rlc avril-juin 2015 n°43, Pratiques anticoncurrentielles n°2726, p.11
- « Pratiques des éleveurs martiniquais : une instruction rapide facilitée par la procédure d'engagement ? », rlc n°71 avril 2018, Dossier Outre-mer et concurrence n°3373 p. 28

VERDIER, H. et MURCIANO, C., « Les communs numériques, socle d'une nouvelle économie politique », Esprit 2017/5 (Mai), p. 132

VIGAND, P., « Brevet et produit normalisé », Prop. Ind. mars 2009 n°3, comm. 18

VILAS BOAS VIVEIROS LOPES, A. P. et MONTEIRO DE CARVALHO, M., "Evolution of the open innovation paradigm : Towards a contingent conceptual model", Technological Forecasting & Social Change, 2018, https://doi.org/10.1016/j.techfore.2018.02.014

VILMART, C. et VILMART, Ch.
- « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », Jcp E n° 4, 27 Janvier 2011, 1052
- « Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes Intentions », Jcp E n° 7, 17 Février 2011, 1134

VIOLET, F., « Retour sur les embuscades tendues par les patent trolls », Prop. ind.n°6 juin 2010, étude 11, p. 13.

VIVANT, M., in « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », RIDE, 2006/4 t. XX, 4, p. 361

VOGEL, J., « Peut-on échapper au droit de la concurrence grâce à la règle de minimis ? », Concurrences N° 1-2013 – Droit & Économie – Accords de minimis

WILHELM, P. et LORIEUL, V., « Étude du nouveau paquet restrictions horizontales », ccc n° 3, Mars 2011, étude 4

WILHELM, P. et PROVOST, E., « La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis », rlda n°41, août-septembre 2009, Actualités – Eclairage Droit économique, n°2481 p.45

WILHELM, P. et VEVER, F., « Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », ccc n°5, mai 2006, Etude n°6 p. 5

WILLARD, T. « Politique de la concurrence et droits de propriété intellectuelle : revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, 2001, vol 3.2, p.141

WOLFF, D., « Economie de l'innovation : le rôle des normes techniques et des brevets », Vie & sciences de l'entreprise, 2010/1 N° 183-184, p. 56-70.

WYBO, M. et BERNIER, C., « Le logiciel libre : la liberté a-t-elle un prix? », Gestion, 2007/2 Vol. 32, p. 22

ZECH, H., « Information as Property», Jipitec n°6, 2015, p.192

ZOLYNSKI, C., « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ? », Dalloz IP/IT 2018 p.94

IV - Commentaires sous décisions – Notes sous arrêts

BOLZE Ch., Comm de CJCE 31 mars 1993, aff. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116 et 117/85, C-125 à 129/85, « Pâtes de bois », RTD Com. 1994 p.610

BOSCO, D.
- « Zonegrise »et mesures conservatoires », commentaire de CA Paris 28 juillet 2016, Pôle5, ch.5-7, n° 2016/11253 : JurisData n° 2016018354, ccc octobre 2016, comm. 216
- « Droit des concentrations et réseaux sociaux », commentaire de Comm. UE, 6 déc. 2016, aff. M.8124, C(2016) 8404 final, Microsoft/LinkedIn, ccc août-septembre 2017, Chron. n°4 Droit des concentrations
- « Un premier cas d'injonction sous astreinte en présence d'une inexécution d'engagements », commentaire de Aut. conc., déc. n° 17-D-04, 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, ccc août-septembre 2017, Chron. n°4 Droit des concentrations

CAPRIOLI, E.A.
- commentaire de Cass Crim 14 novembre 2013 n°12-87.346 Bull Crim 2013 n°227, « Validité d'une saisie globale des données pour les besoins de l'Autorité de la concurrence », cce n°4 avril 2014, Comm. n°42
- commentaire de Cass Crim 20 octobre 2010, n° 09-88.387, cce 2011 comm. 30

CARON, CH., commentaire de Cass Com., 1er juill. 2008, n° 07-13.952, Sté Senteur Mazal c/ SA Beauté prestige international, jurisdata n° 2008-044659, « Bis repetita : une fragrance n'est pas une œuvre, cce septembre 2008, n° 9, Comm. 100

CASSARD-VALEMBOIS, A.-L., « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre », commentaire de Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, Constitutions 2013 p.400

CHAGNY, M., commentaire de TGI Paris, 5e ch., 2e sect., 22 février 2018, n° 15/12909 in L'actu concurrence n° 32/2018

CHAMPAUD, C. et DANET, D., Commentaire de CJCE, 2e ch., ord. du 23 sept. 2004, aff C-435/02 et C-103/03 A. Springer c/ Zeitungsverlag Niederrhein gmbH et H.-J. Weske

CHEVRIER, E.
- « Concurrence : nouveaux recours et pièces devant la juridiction de renvoi », commentaire de CA Paris, 1re ch. H, 11 mars 2009, n° 2007/19110, Dalloz actualité 24 mars 2009
- « L'échange d'informations n'est pas une pratique anticoncurrentielle per se », D. 2007 p.1953, commentaire de Cass. Com. 29-06-2007, n° 07-10.303
- « Un échange d'informations entre oligopoleurs peut, à lui seul, constituer une pratique anticoncurrentielle », commentaire de CA Paris 26 septembre 2006, RG n° 2005/24285, D. 2007 p.198

DECOCQ, G., commentaire de CJUE 27 février 2014, aff. C-365/12 Commission c/ EnBW Energie Baden-Württemberg AG « Le secret d'affaires protégé et le private enforcement obstrué », ccc n° 5, Mai 2014, comm. 119

DELPECH, X., « Nespresso compatible avec le … droit de la concurrence », commentaire de Aut. conc., 4 sept. 2014, n° 14-D-09, Dalloz actualité 09 septembre 2014

DREYER, E., commentaire de Cass Crim 16 novembre 2011, n° 10-87.866, Gaz. Pal. 14 janvier 2012, p.40, note

EDELMAN, B. commentaire de Cass Civ 1ère 13 juin 2006 n°02-44718, D. 2006 p.2470

FATOME, E. commentaire de Cons. const. 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC, AJDA 2001. 222

FERRIER, N., « Une restriction caractérisée de concurrence au sens d'un règlement d'exemption n'établit pas nécessairement une restriction de concurrence illicite au sens de l'article 101 §1 TFUE », commentaire de Cass Com 16 mai 2018, pourvoi n°16-18174, SAS Coty France – division prestige c/ SA France télévisions et a., Jcp E n°31-35, 2 août 2018, 1431

FRISON-ROCHE, M.-A., « Obligation de contracter : facilités essentielles », Revue des Contrats 1er avril 2006 - n° 2 - page 357, commentaire de Cass. com., 12 juill. 2005

GALLOUX, J.-CH., « La protection du savoir-faire », note sous Cass Crim 19 septembre 2006, n°05-85.360, RTDCom 2007 p.529.

GHESTIN, J., « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », Jcp G n°37, 9 septembre 2013, 929 – commentaire de Cons. Const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC

HAQUET, A., « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », AJDA 2015 p.226, commentaire de Cons. const. 17 octobre 2014 n° 2014-422-QPC

HAYAT, O., « Rédaction d'un accord de confidentialité : précisions demandées ! », le monde du droit 4 janvier 2016, commentaire de CA Versailles 24 novembre 2015 Société Digitre c/ Société Neo Avenue

HOUTCIEFF, D.,
- « Quelle sanction pour la contradiction ? », rldciv juillet-août 2005, Actualités – Eclairage Contrat n°720 p.5 , commentaire de Cass. Com. 8 mars 2005, pourvoi n° 02-15.783
- « Principe de cohérence : au commencement était le verbe… », Jcp G 2014, 1141, commentaire de Cass Civ 1ère 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534

L'HUILLIER, J., commentaire de CE 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, D., 1959, p. 541

LACRESSE, A. et FERRE, D., « L'arrêt Toshiba de la CJUE : l'objet ne fait plus effet », rlc n°58, février 2017, Éclairage, n°3127 p.18, commentaire de CJUE, 20 janv. 2016, aff. C-373/14 P, Toshiba c/ Commission

LAMY (DE) B., commentaire de Cass Crim. 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338 ; D. 2001. 1423

LE BOT, O., « Les limites très lâches de la liberté d'entreprendre (à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie) », Constitutions 2012 p.638, commentaire de Cons. const., 22 juin 2012, Établissements Bargibant SA, n° 2012-258 DC

LE BOT, O., « L'interdiction de cumuler les activités de taxi et de VTC est contraire à la liberté d'entreprendre », Constitutions 2016 p.105, commentaire de Cons. const. 15 janvier 2016, n° 2015-516-QPC

LE STANC, CH., « Secrets d'affaires », Prop. Ind. n° 12, Décembre 2015, repère 11, commentaire de TGI Montpellier, pôle civil, sect. 2, 17 sept. 2015, n° 13/05047 : JurisData n° 2015-025285

LOMBARD, M., « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation » - « Libertés économiques », commentaire de Cons. const. 18 octobre 2010, n° 2010-55 QPC, M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous), et Cons. const. 3 décembre 2010, n° 2010-73 QPC, Société Zeturf limited (Paris sur les courses hippiques, AJDA 2011 p.649

MARECHAL, C., « La clause imposant le paiement de redevances même en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet et l'article 101 TFUE » - Observations sous Cour de justice de l'Union européenne, 7 juillet 2016, aff. C-567/14, Dalloz IP/IT 2016 p.485

MATHONNIERE, C., commentaire de Cass Crim 14 décembre 2011, n° 10-85.293, rlda n°67 janvier 2012, Droit Economique n°3833 p.42

MATSOPOULOU, H., « Vol par téléchargement de données informatiques », commentaire de Cass Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, RSC 2015 p.860

MICHEL V., « Les chars contribuent à la protection des secrets d'affaires », Europe n° 4, Avril 2008, comm. 103, commentaire de CJCE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, Varec c/ Belgique

NICINSKI, S.
- « Abus de position dominante et tarifs publics », AJDA 2002. 1072, commentaire de CE 29 juillet 2002, N° 200886, sté Cegedim
- « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », Note sous Conseil d'État, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens (RATP), n° 348909, RFDA 2012 p.1181

OGIER-BERNAUD, V., commentaire de Cons. const. 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC, D. 2002. 1944

POILLOT-PERUZZETTO, S., obs sous CJCE 28 mai 1998, John Deere Ltd/ Commission, aff. C 7/95, RTD Com. 1998 p.986

POLLAUD-DULIAN, F., commentaire de Cass Civ 1ère 13 juin 2006 n°02-44718, RTD com. 2006. 587

PUIGELIER, C., « Refus d'une expertise in futurum susceptible de porter atteinte à la confidentialité d'informations, alors qu'aucune faute n'était susceptible d'être établie ou n'avait été établie », Jcp G n°43, 24 octobre 2001 II 10614, commentaire de CA Limoges 28 mars 2001, SA Madrange c/ SA CRIT Interim RG n°2000/194, n° jurisdata 2001-147007

RIBES, D., commentaire de Cons. const., 19 décembre 2000, n°2000-437 DC, D. 2001.1766

ROBIN, C.
- « La clause de non- concurrence et la clause de confidentialité à l'épreuve du droit de la concurrence », rlc janvier-mars 2013, n°34, Comm. 2196 p.30, concernant la décision de la Commission du 18 juin 2012, aff. n° COMP/39.736, Siemens/Areva
- « Échange d'informations, restriction de concurrence par objet et présomption d'influence du comportement sur le marché - CJUE, 19 mars 2015, aff. C-286/13 P, Dole Food Company et a. c/ Commission, EU:C:2015:184 », rlc Juillet - Septembre 2015 n°44, Commentaire n°2798 p.34

SCHMIDT-SZALEWSKI, J.
- « Divulgation de secret de fabrique et vol », note sous CA Paris 13e ch., B, 12 avr. 2002, Sté Sonachim et Verrier c/ Sté Synthesia, Propriété industrielle n° 2, Février 2003, comm. 15, jurisdata n° 2002-181519
- « Il ne suffit pas d'avoir du nez (ou les limites du droit d'auteur) » commentaire de Cass Civ 1ère 13 juin 2006 n°02-44718, Propr. ind. n°10 octobre 2006, comm. 82

V - Actes de Colloques – Ouvrages collectifs (contributions individuelles)

BEHAR-TOUCHAIS, M., « Vice et vertu de la transparence », rlc octobre-décembre 2007, n°13, Cycle de conférences de la Cour de cassation « Transparence et concurrence », jeudi 29 mars 2007

BENOIST, J.-M., DRUMMEN, J.-B., DUTHEIL, Ph., GOUPILLAT, D., LE CALVEZ, J., SAVOURE, J.-Ch., « Table ronde n°1 Liberté d'entreprendre », rlda n°25 mars 2008, Perspectives – Colloque p.62

BERNAULT, C., « Accès à la connaissance et droit d'auteur », in « Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas », éd. LexisNexis 2014

BESSE, F., « Interaction entre le droit des brevets et le droit de la concurrence », p.245 in « Propriété intellectuelle et concurrence - Pour une (ré)conciliation », colloque IRPI-AFEC 8 novembre 2011, éd. LexisNexis, coll. Irpi n°40 – juillet 2012

BINCTIN N., « Les secrets protégés », in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de Jean Lapousterle et Bertrand Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

BOURCIER, D. et MERHI, B. B. (sous dir.), « Comprendre les licences CC 4.0 en français, une analyse commentée à l'usage des juristes francophones », mars 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : www.cersa.cnrs.fr/comprendre-les-licences-cc-4-0-en-francais-d-bourcier-b-mehri/

CARLUT, CH., « Copyright - Copywrong – Les enjeux des pratiques contemporaines d'appropriation », in « Copyright \ Copywrong \ Actes du Colloques \ Le Mans \ Nantes \ Saint Nazaire », Février 2000, Edition MeMo 2003

CHONE, PH.
- « Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence », rlc, janvier-mars 2008 n°14, Perspectives – Colloque DGTPE – Concurrence – Les ententes tacites - Séance du jeudi 22 mars 2007, n°1044 p.197
- « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

CLAMOUR, G., « La concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Communication au VIème congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 2005, www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/CLAMOUR.pdf

CLAVIER, J.-P., « La protection par brevet des inventions biotechnologiques : le procès du système de brevet », in Copyright \ Copywrong - Actes du Colloques \ Le Mans \ Nantes \ Saint Nazaire, Février 2000, Edition MeMo 2003

CLEMENT-FONTAINE, M., « Les communs numériques » in « Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas », éd. LexisNexis 2014, p.163

DRAGO, G. et LOMBARD, M. (sous dir.), « Les libertés économiques », Paris, Editions Panthéon Assas, L.G.D.J. diffuseur, 2003

DREXL, J., « Comment identifier des pools de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels », in Propriété intellectuelle et concurrence, pour une (ré)concililation, Colloque organisé par l'Irpi du 8 novembre 2011, éd. Lexisnexis, Coll. Irpi n°40, 2012, p.51

G'SELL, F., « Quelle protection dans le procès civil ? », in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

GALLOCHAT, A., « L'industrie face au secret », in « La propriété industrielle et le secret », journée d'étude faculté de droit Lyon – 4 avril 1995, Centre Paul Roubier, éd. Litec Coll du CEIPI n°40, 1996 p.51

GALLOUX, J.-CH., « Cumuls, concours et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », in Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, éd. LexisNexis, Coll Ceipi n°61, 2014, p.219

GICQUIAUX, H., « Considérations pratiques sur la protection des secrets des affaires dans le transfert de technologie », rlda juin 2017 – supplément au n°127, Colloque - La croissance économique des actifs n°6246, p. 10

LAPOUSTERLE, J., « La protection pénale des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européennes », actes du Colloque du 1er avril 2016 sous dir. J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, coll. Ceipi n°66, 2018

LE GRIP, C., « La quête d'une protection efficace et respectueuse des droits fondamentaux : l'équilibre retenu par le législateur européen », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européenne », actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

LOISEAU, G., in Colloque « Le secret à l'ère de la Transparence, » - Rapport de synthèse, Jcp G n° 47 - hors-série, 19 Novembre 2012

MALAURIE, PH., « Le secret et le droit », in mélanges Mouly, éd. Litec 1998

MIGNARD, J.-P.et BASDEVANT, A., « La directive sur les secrets d'affaires est-elle un texte liberticide ? in « La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européenne », Actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

MOUSSERON, J.-M., « Secret et contrat - De la fin de l'un à la fin de l'autre », in Mélanges Foyer, éd. PUF 1997

PASSA, J., « Secret des affaires et propriété intellectuelle », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européenne », actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

PERROT, A.
- « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in « les engagements dans les systèmes de régulation », dir. M.-A. Frison-Roche, éd. Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. Droit et économie de la régulation, 2006
- « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

PETIT, N., « Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence », in Propriété intellectuelle et concurrence – pour une (ré)conciliation, Colloque IRPI, éd. LexisNexis 2012 Coll. Irpi n°40, p. 35

RAYNARD, J., « Retour sur le savoir-faire non breveté », Liber amicorum Georges Bonet, éd Lexis-Nexis, Coll IRPI n°36, 2010

RISCH, M., « Trade Secret Law and Information Development Incentives » (May 29, 2009), in "The Law And Theory Of Trade Secrecy: A Handbook Of Contemporary Research", Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg, eds., Edward Elgar Publishing, 2010, disponible au /2018 à l'adresse http://ssrn.com/abstract=1411579

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », in Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention – Actes de Colloque de l'Académie des sciences et de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 mars 2005 sous la responsabilité scientifique du C. Balizot-Hazard, édition Institut de France 2006

SHAPIRO, C., "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting", in Innovation Policy and the Economy (ss dir. Jaffe A. B., Lerner J. et Stern S.), vol. 1, MIT Press, mars 2001 disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=273550 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.273550

SIIRIAINEN, F., « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, éd. LexisNexis, 2014

TERRE, F., « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in « Libertés et droits fondamentaux » (sous dir. R. Cabrillac), Dalloz 24ème éd. 2018

TIROLE, J., « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles », in Droit et Economie de la propriété intellectuelle, éd° LGDJ 2005

VISSCHER (DE) F., « Intérêt général et brevets d'invention : quelques réflexions à propos d'évolutions législatives », in M. Buydens et S. Dusollier (sous dir.) « L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle » - Colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles - Université d'Europe, Ed° Bruylant, 2008

VIVANT, M., « Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention sous l'emprise du droit communautaire », in Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention – Actes de Colloque de l'Académie des sciences et de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 mars 2005 sous la responsabilité scientifique du C. Balizot-Hazard, édition Institut de France 2006

WARUSFEL, B., « Les enjeux juridiques et politiques de la protection des secrets d'affaires », in « La protection des secrets d'affaires – Perspectives nationales et européenne », actes du colloque du 1er avril 2016 sous la direction de J. Lapousterle et B. Warusfel, éd. LexisNexis, Coll. Ceipi n°66, 2018

WILHELM, P., CHONE, PH. et PERROT, A., « Les échanges d'informations - Séminaire Philippe Nasse, jeudi 7 juillet 2011 », rlc octobre – décembre 2011 n°29, p.138 n°1958

VI – Dictionnaires – Encyclopédies

BINCTIN, N., Répertoire de droit commercial - Savoir-faire, Dalloz, janvier 2018, mis à jour en août 2018

BUCHER, CH.-É., JCl Concurrence – Consommation - Fasc. 111 : « Clause de non-concurrence – Validité », 16 Juin 2016

CHAGNY, M., JCl Concurrence – Consommation, Fasc. 540 : Ententes illicites - L. 420-1 du Code de commerce, 1er Janvier 2012

CLEMENT-FONTAINE, M., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1975 : L'œuvre libre, 22 Juillet 2014

CORNU, G. (ss dir.), Association Henri Capitant, « Vocabulaire juridique », éd. PUF 12ème édition 2018, Coll. Quadrige

FABRE, R. et SERSIRON, L., JCl Brevets, Fasc. 4200 « Réservation du Savoir-Faire », 2 Mai 2013 mis à jour le 5 Juin 2014

GAFFIOT, F., « Dictionnaire latin-français », éd. Librairie Hachette, 1937

KOVAR, R., JCl Brevets, Fasc. 4880 : Accords de transfert de technologie – Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, 5 Décembre 2014 mis à jour le 27 Août 2015
PENNEAU, A. et VOINOT, D., JCl Concurrence – Consommation, Fasc. 970 : Normalisation, 1er Octobre 2010

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., Répertoire de droit commercial, Savoir-faire, Dalloz, février 2009

VII – Législation

Législation européenne

- **Traités**

- Traité CECA du 18 avril 1951
- Traité de Rome du 25 mars 1957
- Traité sur l'Union européenne et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO n° C 326 du 26 octobre 2012 p.1

- **Chartes**

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 326/02, JO n° C 326 du 26 octobre 2012 p.391

- **Directives**

- Directive n°91/250 du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs
- Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données
- Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

- Directive 2009/24/Ce du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur
- Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

- **Règlements**

- Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées
- Règlement (CEE) n° 418/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 §3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement
- Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie
- Règlement (CE) nº 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement
- Règlement (CE) n°1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
- Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE
- Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
- Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées
- Règlement n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101 § 3 TFUE à certaines catégories d'accords de recherche et de développement.
- Règlement (UE) n ° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation
- Règlement n°1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne
- Règlement (UE) n ° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie
- Règlement n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (présentée par la Commission) du 30 avril 2008, COM(2008) 229 final
- Résolution législative du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne (COM(2017)0495 – C8-0312/2017 – 2017/0228(COD))

Législation interne

- **Lois**

- Loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791
- Loi 1810-02-19 promulguée le 1er mars 1810
- Loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884
- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires
- Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle
- Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires

- **Décrets**

- Décret d'Allarde des 14 et 17 mars 1791
- Décret 16 juin 2009 relatif à la normalisation
- Décret n° 2015-521 du 11 mai 2015 relatif aux décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en matière de protection du secret d'affaires

- **Ordonnances**

- Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

- **Arrêtés**

- Arrêté du 12 janvier 1973, JO 20/01/1973
- Arrêté du 22 décembre 1981, JO NC, 17 janvier 1982, p. 624

Réglementation internationale

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales du 4 novembre 1950
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), du 15 avril 1994
- Convention sur le brevet européen (CBE) du 5 octobre 1973 : http:// www.european-patent-office.org/legal/epc/f/ma1.html

VIII – Jurisprudence

- **Jurisprudence européenne**

Cour européenne des droits de l'Homme

Cour EDH 21 février 1975, aff. Golder c. Royaume-Uni, Requête n°4451/70
Cour EDH 28 août 1991 Brandstetter c. Autriche du, série A n°211, p. 27
Cour EDH 23 juin 1993, n° 12952/87, Ruiz-Mateos c/ Espagne
Cour EDH, 2 avr. 2015, aff. 63629/10 et 60567/10, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c/ France

Cour de justice

CJCE 7 février 1985, aff. C-204/83, Proc. rép. c/ Association de défense des brûleurs d'huile usagées, recueil 1985 -00531
CJCE 30 juin 1966, aff. C-56/65, LTM, recueil 1966 – 00337
CJCE 9 juillet 1969, aff C-5-69, Franz Völk c/ S.P.R.L. Éts J. Vervaecke, recueil 1969 00295
CJCE 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c/ Commission, recueil 1972 - 00619
CJCE 16 décembre 1975, aff. jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 11, 113 et 114/73 et a., Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" et a. c/ Com mission, Recueil 1975 – 01663
CJCE, 20 juill. 1978, aff. 28/77, Tepea c/ Commission, recueil 1978 01391
CJCE 13 février 1979, aff. C-85/76, Hoffmann Laroche & Co.AG c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1979 00461
CJCE ord. 17 janvier 1980, Camera Care/Commission, aff. 792/79 R, recueil 1980 00119
CJCE 11 décembre 1980, aff. C-31/80, L'Oréal, Recueil 1980 03775
CJCE 14 juillet 1981, aff. C-172/80, Züchner, Recueil 1981 02021
CJCE 9 novembre 1983, aff. C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1983-03461
CJCE 28 février 1984, aff. C-228/82 et C-229/82 Ford/Commission, recueil 1984 01129
CJCE 10 avril 1984, aff. C-14/83, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen, recueil 1984 01891
CJCE 24 juin 1986, aff C-53/85, AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK c/ Commission, recueil 1986 01965
CJCE 18 décembre 1986, aff. C-10/86, VAG France SA c/ Etablissements Magne SA, recueil 1986 04071
CJCE 12 mai 1989, C-320/87, Kai Ottung v/Klee & Weilbach A/S et Thomas Schmidt A/S, recueil 1989 01177
CJCE 31 mars 1993, aff. jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö et a. c/ Commission, Recueil 1993 I 01307 et les conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992
CJCE 2 mars 1994, aff. C-53/92 P., Hilti AG c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1994 I 00667
CJCE, 19 mai 1994, aff. C-36/92, Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven (SEP) NV c/ Commission, recueil 1994 I 01911
CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, Magill, recueil 1995 I 00743
CJCE 14 novembre 1996, aff. C-333/94 P., Tetra Pak International SA c/ Commission des Communautés européennes, recueil 1996 I 05951
CJCE 28 mai 1998 John Deere Ltd c/ Commission, aff. C-7/95, Recueil 1998 I 03111
CJCE 26 novembre 1998, aff. C-7/97, Oscar Bronner, recueil 1998 I 07791
CJCE 8 juillet 1999, aff. C-199/92, Hüls AG c/ Commission, Recueil 1999 I 04287
CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Commission c/ Anic Partecipazioni SpA, Recueil 1999 I 04125
CJCE 11 avril 2002, ord., aff. C-481/01 P, recueil 2002 I 03401
CJCE 2 octobre 2003, aff C-194/99, Thyssen Stahl AG c/ Commission, Recueil 2003 I 10821
CJCE 23 avril 2004, aff. C-418/01, IMS Health GmbH & Co KG, recueil 2004 I 05039
CJCE 29 avril 2004, aff. C-359/01, British Sugar plc contre Commission, recueil 2004 I 04933
CJCE 15 février 2005, Commission c/ Tetra Laval BV, aff. C-12/03 P, Recueil 2005 I 00987
CJCE 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Recueil 2005 I 05425
CJCE 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, aff. C-238/05, recueil 2006 I 11125
CJCE 20 novembre 2007, aff. C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, recueil 2008 I 08637
CJCE 18 décembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie BV, aff C-202/06 P, recueil 2007 I 12129
CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV et a. c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Recueil 2009 I 04529
CJCE 6 octobre 2009, aff. C-501/06 GlaxoSmithKline Services c/ Commission, recueil 2009 I 09291

CJUE 29 juin 2010, aff. C-139/07 P, Commission européenne c/ Technische Glaswerke Ilmenau, recueil EU:C:2010:376
CJUE 29 juin 2010, Commission européenne c/ Alrosa Company Ltd., aff C-441/07 P., recueil 2010 I 05949
CJUE 17 février 2011, n° C-52/09, Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sveige AB, recueil ECLI:EU:C:2011:83
CJUE 28 juin 2012, aff. C-4 77/10 P, Commission c/ Agrofert Holding, recueil EU:C:2012:394
CJUE 28 juin 2012, Commission européenne c/ Éditions Odile Jacob SAS, aff. C-404/10 P, ECLI:EU:C:2012:393
CJUE 6 décembre 2012, aff. C‑457/10 P, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc, c/ Commission européenne, ECLI:EU:C:2012:770
CJUE 13 décembre 2012, aff C-226/11, Expedia Inc c/ Autorité de la concurrence, recueil ECLI:EU:C:2012:795
CJUE 14 mars 2013, aff C‑32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. Et et a. c/ Gazdasági Versenyhivatal, recueil ECLI:EU:C:2013:160
CJUE 27 février 2014, aff. C-365/12 Commission c/ EnBW Energie Baden-Württemberg AG, recueil ECLI:EU:C:2014:112
CJUE 11 septembre 2014, aff. C-67/13, Groupement des cartes bancaires (CB) c/ Commission, recueil ECLI:EU:C:2014:2204
CJUE 19 mars 2015, aff C-286/13, Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe c/ Commission, ECLI:EU:C:2015:184
CJCE 5ème Chambre 16 juillet 2015, aff C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd c/ ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, recueil ECLI:EU:C:2015:477 et les conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 20 novembre 2014
CJUE, 20 janvier 2016, aff. C-373/14, Toshiba c/ Commission, recueil ECLI:EU:C:2016:26
CJUE 14 mars 2017, aff. C-162/15 P, Evonik Degussa GmbH, recueil ECLI:EU:C:2017:205
CJUE 23 novembre 2017, aff. C-547/16, Gasorba SL e.a. c/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, recueil ECLI:EU:C:2017:891 et les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 22 septembre 2017
CJUE 7 juillet 2016, C-567/14, Genentech Inc. v/ Hoechst GmbH et Sanofi Aventis Deutschland GmbH, recueil ECLI:EU:C:2016:526
CJUE Grande Chambre 14 novembre 2017, aff C-671/15, Président de l'Autorité de la concurrence c/ Association des Producteurs Vendeurs d'endives et a., recueil ECLI:EU:C:2017:860

Tribunal

TPICE 10 juillet 1991, aff. T-69/89, recueil 1991 II 00485
TPICE 27 octobre 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, Recueil 1994 II 957
TPICE 18 sept. 1996, aff. T-353/94, Postbank NV c/ Commission, recueil 1996 II 00921
TPICE 25 mars 1999, Gencor Ltd c/ Commission, aff. T-102/96, Recueil 1999 II 00753
TPICE 15 mars 2000, aff. jointes T-25/95, T-26/95, T-30 à 32/95, T-34 à 39/95, T-42 à 46/95, T-48/95, T-50 à 65/95, T-68 à 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95, T- Cimenteries CBR e. a. c/ Commission, Recueil 2000 II 00491
TPICE 12 juillet 2001, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Tate & Lyle plc, British Sugar plc et Napier Brown & Co. Ltd, Recueil 2001 II 02035
TPICE, Ord. 10 août 2001, aff. T-184/01 IMS Health Inc. c/ Commission - Sursis à l'exécution de la décision de la Commission jusqu'au prononcé sur la demande de mesures provisoires, recueil 2001 II 02349
TPICE 26 octobre 2001, ord., aff. T-184/01, IMS Health c/ Commission, Recueil 2001 II 03193
TPICE 30 septembre 2003, aff. T-158/00, Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) c/ Commission, Recueil 2003 II 03825
TPICE Ord. Prés. 4ème Chambre 22 février 2005, aff T-383/03, Hynix Semiconductor c/ Conseil, Recueil 2005 II 00621
TPICE 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission, aff T-282/02, recueil 2006 II 000319

TPICE 21 juin 2006, aff T-47/02, Manfred Danzer et Hannelore Danzer contre Conseil de l'Union européenne, Recueil 2006 II 01779
TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft Corporation/Commission, recueil ECLI:EU:T:2007:289
TUE 9 juin 2010, aff. T-237-05, Odile Jacob SAS c/ Commission, recueil 2010 II 02245, ECLI:EU:T:2010:224
TUE, Ord. Prés. 5ème Chambre 3 mai 2011, aff. T-384/09, SKW Sthal-Metallurgie, recueil ECLI:EU:T:2014:27
TUE 12 juillet 2011, aff. T-112/07, Hitachi e.a./Commission, recueil 2011 II 03871
TUE 14 mars 2013, aff. T-587/08, Frash Del Monte Produce Inc. (FDMP), recueil ECLI:EU:T:2013:129
TUE 14 mars 2013, aff. T-588/08, Dole Food Company, Inc. et Dole Germany OHG, recueil ECLI:EU:T:2013:130
TUE 13 septembre 2013, aff. T-380/08, Pays-Bas c/ Commission, recueil ECLI:EU:T:2013:480
TUE, ord. 25 octobre 2013, T-561/12 Jürgen Beninca c/ Commission européenne, recueil ECLI:EU:T:2013:558
TUE 28 janvier 2015, aff. T-341/12, Evonik Degussa GmbH c/ Commission, recueil ECLI:EU:T:2015:51
TUE 28 janvier 2015, aff. T-345/12, Akzo Nobel NV, Akzo Chemicals Holding AB et Eka Chemicals AB c/ Commission, recueil ECLI:EU:T:2015:50
TUE 12 mai 2015 aff. T-623/13 Union de Almacenistas de Hierros de Espana, recueil ECLI:EU:T:2015:268
TUE 9ème chambre 8 septembre 2016, aff T-472/13, H. Lundbeck A/S, Lundbeck Ltd c/ Commission, recueil ECLI:EU:T:2016:449, décision ayant fait l'objet d'un pourvoi en cours d'examen cf aff C-591/16 P.

Commission

Comm. 17 juillet 1968, IV/ 129 - S.O.C.E.M.A.S (68/318/CEE), JOCE 12 août 1968, L 201 /4
Comm. 5 mai 1969, IV/242 – 295 – Convention chaufourniers (69/ 152/ CEE), JOCE 22 mai 1969, L 122/8
Comm. 13 décembre 1985, Royon c/ Meilland , 85/561/CEE pt 23
Comm. 21 décembre 1988 (IV/31.851, Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE) JO n° L 078 du 21 mars 1989 p. 43
Comm. 16 février 1994, 94/215/CECA, Thyssen Stahl
Comm. 26 novembre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA, aff. IV/36 069 Wirtschaftsvereinigung Stahl
Commission 21 octobre 1998, aff 1999/60/CE, Conduites précalorifugées, JO L 24 du 30 janvier 1999, p. 1
Comm. 14 septembre 1999 décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. IV/36 213/F2, General Electric/Pratt & Whitney.
Comm. 13 octobre 1999, n°2001/98/CE décision déclarant une concentration compatible, Telia/Telenor IV/M.1439, JO L 40, 9 février 2001, p. 1
Comm. 18 janvier 2000, déclarant une opération de concentration compatible, COMP/M.1630 Air Liquide/BOC, IV/M.1630
Comm. 7 février 2001, n°2002/164/CE, décision déclarant une concentration compatible, EDF/EnBW COMP/M.1853, JO L 59, 28 février 2002, p. 1
Comm. 3 juillet 2001, 2002/165/CE, IMS Health
Comm. 7 janvier 2004, Aff. COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP – décision C(2003) 5277
Comm. 24 mars 2004, Aff. COMP/C-3/37.792 – 2007/53/CE Microsoft, JO 2007, L 32, p. 23
Comm. 6 octobre 2004 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord EEE, aff. COMP/M.3099 — Areva/Urenco http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3099_20041006_600_en.pdf ; résumé

disponible à l'adresse http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006D0170&from=FR
Comm. 1er octobre 2007, Qualcomm, MEMO/07/389
Comm. 9 décembre 2009, aff. COMP/38.636, Rambus, relative à une procédure d'application de l'article 102 du TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE
Comm. 21 janvier 2010 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE, Affaire COMP/M.5529 — Oracle/Sun Microsystems, notifiée sous le numéro C(2010) 142 final, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5529_20100121_20682_en.pdf et « résumé disponible à l'adresse : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0409(01)&from=EN
Comm. 29 avril 2014, décision AT.39939 — Samsung relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, (2014/C 350/08)
Comm. 29 avril 2014, décision AT.39985 — Motorola relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, (2014/C 344/06)
Comm. 3 octobre 2014, Facebook/Whatsapp, aff. COMP/M.7217
Comm. 6 décembre 2016, Microsoft/LinkedIn, aff. M8124
Comm. 18 mai 2017, décision d'exécution (UE) 2017/863 actualisant la licence logicielle open source EUPL afin de faciliter le partage et la réutilisation des logiciels développés par les administrations publiques, JOUE 19 mai 2017, L 128/59

- **Jurisprudence interne**

Conseil constitutionnel

Cons. const. 16 janvier 1982 n° 81-132 DC décision relative à la loi de nationalisation (Rec. 18)
Cons. const. 13 août 1993 n°93-325 DC relative à la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France
Cons. const. 21 janvier 1994 n°93-335 DC relative à la loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction
Cons. const., 3 août 1994, n°94-348 DC, sur la loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives no 92/49 et no 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes
Cons. const. 9 avril 1996 n°96-373 DC Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française
Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388 DC Loi créant les plans d'épargne retraite
Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401 DC, sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail
Cons. const., 19 décembre 2000, n°2000-437 DC Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001
Cons. const. 16 janvier 2001 décision n° 2000-439 DC sur la Loi relative à l'archéologie préventive
Cons. const. 11 Juillet 2001, n° 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel
Cons. const., 22 août 2002, n°2002-460 DC Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure
Cons. const. 13 janvier 2003 n°2002-465 DC, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi
Cons. const. 30 novembre 2006 n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie
Cons. const. 19 novembre 2009 n°2009-592 DC, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie

Cons. const. 3 décembre 2010, n°2010-73 QPC Société Zeturf limited
Cons. const. 21 janvier 2011 n° 2010-89 QPC, Société Chaud Colatine (Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement)
Cons. const. 11 février 2011 n° 2010-102 QPC, M. Pierre L. (Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires)
Cons. const., 13 mai 2011 n° 2011-126, Sté Système U Centrale Nationale et autre
Cons. const. 24 juin 2011 décision n° 2011-139 QPC, Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales)
Cons. const. 7 octobre 2011 n°2011-177 QPC, M. Éric A. (Définition du lotissement)
Cons. const. 14 mai 2012 n° 2012-242 QPC, Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise)
Cons. const. 30 novembre 2012, décision n° 2012-285 QPC, M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle)
Cons. const. 13 juin 2013 décision n° 2013-672 DC - Loi relative à la sécurisation de l'emploi
Cons. const. 23 janvier 2015, n° 2014-441/442/443 QPC, Mme Michèle C. et autres
Cons. const. 29 mai 2015 n° 2015-470 QPC du (Société SAUR SAS) - (Interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales)
Cons. const. 7 janvier 2016 n°2015-511 QPC Société Carcassonne Presse Diffusion SAS
Cons. const. 12 janvier 2018 n°2017-685 QPC Fédération bancaire française

Conseil d'Etat

CE Section du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers
CE ass., 22 juin 1951, Daudignac
CE 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils
CE 28 oct. 1960, Sieur Laboulaye
CE 1er avril 1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée, req. n° 188529
CE 20 oct. 2004, n° 260898, TF1 c/ Canal+ et Lagardère Images
CE 2 mars 2011, no 345288, Société Manirys
CE 30 septembre 2011, n° 350431, Région Picardie, Lebon
CE 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société Vivendi Universal, n°353856
CE 9ème et 10ème ss-sect., 10 octobre 2014, n°367807, Syndicat National des Fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées
CE 28 novembre 2014, n° 384324, Syndicat réunionnais des exploitants de stations-service, AJDA 2015. 82
CE 28 juillet 2017, N° 402752, ECLI:FR:CECHS:2017:402752.20170728
CE, Assemblée générale, jeudi 15 mars 2018, Section de l'intérieur, N° 394422, Avis sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Cour de cassation

Ass Plen 7 mars 1986, Atari, D. 1986 jurisprudence p.405, note Edelman, JcpG 1986 II 20631 note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, RTDCom 1986 p.399 note A. Françon
Ass. Plen. 30 juin 1995, pourvoi n°: 94-20302, Bull A.P. n°4
Ass. plén., 27 févr. 2009, pourvoi n° 07-19.841, Bull. Ass. plén., n°1

Cass Req 5 juillet 1865, DP 1865, p. 425, rapport Nachet
Cass Req 21 février 1862, DP 1862, 1, p. 185
Cass Civ. 24 janvier 1866, DP 1866, 1, p. 81

Cass Civ 1ère 6 juillet 2005, n° pourvoi 01-15.912, Bull Civ I n° 302 p. 252
Cass Civ 1ère 13 juin 2006 n°02-44718, Bull Civ 1 n°307

Cass Civ. 1ère 31 mai 2007, Bull Civ I n°212
Cass Civ 1ère 22 Janvier 2009, n°08-11.404, Sté Argeville c/ Sté Lancôme Parfums et beauté & Cie, jurisdata n°2009-046664
Cass civ 1ère 3 février 2010, n° pourvoi 08-21.288, Bull Civ I n°25
Cass Civ 1ère 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, Bulletin Civ I n° 154
Cass Civ. 1ère 25 février 2016, n° 14-25729, Sté Kepler Capital Markets c/ Sté Viel et compagnie
Cass Civ 1ère 25 février 2016, n° 14-25.729, jurisdata n° 2016-003097
Cass Civ 1ère 22 juin 2017, n°15-27845

Cass Civ 2ème 7 janvier 1999, n° de pourvoi: 95-21934, Bull Civ II n°4 p.3
Cass Civ 2ème 20 juin 2002, Bull Civ II, n° 138

Cass Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, Bull IV, n° 208, D. 1980
Cass Com 4 mai 1993, Rocamat, pourvoi n°91-17937, Bull IV n°172 p.120
Cass Com 17 novembre 1998, n°96-15.138, Sté Pluri publi c/ Mme Trebucq
Cass Com 12 janvier 1999, Zannier, pourvoi n° 97-13.125
Cass Com 21 mars 2000, pourvoi n° 98-10183,Barreau de Quimper, inédit
Cass Com 28 Janvier 2003, n°00-12.149, Société New Holland France et autre c/ société Greenland France et autre, Bull. civ. 2003, IV n° 11 p.12
Cass Com 25 février 2003, pourvoi n°00-17000, Mutualité de Haute-Savoie, inédit
Cass Com 1er juillet 2003, n°01-12.699, Sté Contrôle technique Muretain (CTM) et a. c/ Sté européenne technique automobile (SECTA), jurisdata n°2003-019887
Cass Com 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-20842, Bull Civ IV n°14, p.13
Cass Com 8 mars 2005, Fibronique c/ Banque Leumi, pourvoi n° 02-15.783, Bull Civ IV n° 44 p.48
Cass Com 12 juillet 2005, n° 04-12.388, Bull. civ. IV, n° 163 (affaire NMPP)
Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Bull IV n°181
Cass Com 26 février 2008, n°05-18.569, inédit
Cass Com., 1er juill. 2008, n° 07-13.952, Sté Senteur Mazal c/ SA Beauté prestige international, jurisdata n° 2008-044659
Cass Com, 19 janvier 2010 n°08-19.761, Semavem c/ JVC
Cass Com 7 avril 2010, pourvois n°09-12.984, n°09-13163, n°09-65.940, Bull IV n°70
Cass Com 20 Septembre 2011, pourvoi n°10-19.296, Sté Marol c/ Sté Holding financière Seguy
Cass Com 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, Bull Civ IV n° 132
Cass Com 30 mai 2012, pourvoi n°11-22144, Bull Civ IV n°617
Cass Com 26 juin 2012, n° 11-20629 inédit
Cass Com 12 février 2013, pourvoi n°12-13726, inédit
Cass Com 12 mars 2013, n°12-11970, inédit
Cass Com 19 Mars 2013, n° 12-13.880, 285, inédit
Cass Com 16 Avril 2013, n°10-14.881, 423, Société Expedia Inc c/ ministre de l'économie et a., Bull IV n°64
Cass Com 22 mai 2013, pourvoi n° 11-26.543, inédit
Cass Com 12 mai 2015, pourvoi n°14-10792, Bull IV n°76
Cass Com 19 janvier 2016, pourvois n°14-21.670 et 14-21.671
Cass Com 11 janvier 2017, pourvoi n°14-27100
Cass Com 21 juin 2017, pourvoi n° 15-25.941
Cass Com 27 septembre 2017, pourvois n°15-20.087 et n°15-20.291
Cass Com 8 novembre 2017, pourvois n°16-17226 et n°16-17330, inédit
Cass Com 16 mai 2018, pourvoi n°16-18174, SAS Coty France – division prestige c/ SA France télévisions et a., ECLI:FR:CCASS:2018:CO00495
Cass Com 12 septembre 2018, pourvoi n° 14-19.589, ECLI:FR:CCASS:2018:CO00754

Cass Crim 30 décembre 1931, Gaz. Pal. 1936. 1. 333
Cass Crim 10 décembre 1957, Bull.crim. n° 822 p.1486
Cass crim 20 juin 1973, n° 72-92270, Bull Crim n°289 p.684
Cass. Crim. 12 juin 1974

Cass crim 7 novembre 1974 n° 72-93034, Bull Crim n° 323 p. 825
Cass Crim 8 janvier 1979 Logabax
Cass Crim 12 janvier 1989, n°87-82265
Cass Crim 1er mars 1989, n°88-82815
Cass Crim. 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338
Cass Crim 22 septembre 2004, n° 04-80.285, Bull crim n°218 p.777
Cass Crim 19 septembre 2006, n°05-85.360, jurisdata n°2006-035553
Cass Crim 20 octobre 2010, n° 09-88.387
Cass Crim 29 juin 2011, n° 10- 85.479, inédit
Cass Crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866, Bull crim n°233
Cass Crim 14 décembre 2011, n° 10-85.293 Bull Crim 2011 n°259
Cass Crim 14 novembre 2013 n°12-87.346 Bull Crim 2013 n°227
Cass Crim 27 novembre 2013, n°12-85.830, Bull Crim 2013 n°242
Cass Crim 22 octobre 2014, n° 13-82.630, JurisData n° 2014-024941
Cass Crim 20 mai 2015 n° 14-81.336, ECLI:FR:CCASS:2015:CR01566
Cass Crim 23 novembre 2016, n° 15-81.131, inédit

Cass Soc 19 février 1997, pourvoi n°95-45.040
Cass Soc 5 mars 2008 n° 06-18.907, Bull V n°55
Cass Soc 15 octobre 2014, n° 13-11.524, Bull V n°540

Cours d'appel

CA Bordeaux, 3ème Ch. corr. 15 novembre 1989, Ministère public c/ Berjonneau et a. RG n°188/89, jurisdata n°50951

CA Douai 16 mars 1967, D. 1967 p. 637, note R. Plaisant
CA Douai, 1ère ch., 2ème sect., 21 février 2007, PIBD 2007 858 III 527

CA Grenoble 16 juin 2003, 1ère chambre civile, n°RG : 01/02301, SA Stilo et SA Anro Plastiques c/ Monsieur Michel B et a.
CA Grenoble 19 mars 2012, 1ère Chambre correctionnelle, SA Micro-Technic et a. c/ Ministère public, RG n°11/01328, jurisdata n° 2012-020133

CA Montpellier 26 mai 2005, 3ème chambre correctionnelle, Fernandez, Martinez c/ Ministère public, RG n°05/00307, jurisdata n°2005-291997
CA Nancy Ch. soc. 14 février 1995, Evryn c/ SA Braquier « La dragée de Verdun », RG n°00002169/94, jurisdata n°1995-040471

CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD 1975. 154. III. 323.
CA Paris 5 mai 1988, Total France SA et SA Esso, Jcp E 1988 I 17475
CA Paris, 7 juill. 1994, Sté Odoncia, BOCCRF 29 juill. 1994, p. 303
CA Paris 7 juillet 1995 CNIPT, Dalloz 1996, somm. P.176, obs. Ch. Gavalda et C. Lucas de Leyssac
CA Paris 7 juillet 1995, IFAA
CA Paris 22 mars 1996, RG n° 95/013110, M. Salicis c/ Sté Bertrand Sud
CA Paris, 1re ch. H, 8 septembre 1998, Sté ADECCO (anciennement ECCO) et a., n°Juris-Data n° 022332, Jcp E n° 44, 29 Octobre 1998, p. 1716 – Panorama rapide
CA Paris, 1re ch. H, 22 septembre 1998, SA Seralu et SA Miroiterie Jacques Raynaud n°Juris-Data n° 022164, Jcp E n° 43, 22 Octobre 1998, p. 1667 – Panorama rapide
CA Paris 1er février 2001, 9ème Chambre Section B, Goncalves, Morel et a. c/ Ministère Public, RG n°00/03898, jurisdata n° 2001-142799

CA Paris, Chambre 1, Section H, 9 avril 2002 France Télécom c/ Conseil de la concurrence, n° Jurisdata : 2002-191051.
CA Paris 9 décembre 2003, 1ère chambre, Section H, Esso, Total et a., RG n°2003/07056, N° JurisData : 2003-228758
CA Paris 15 juin 2006, RG n° S05/02252, Fédération CGT des sociétés d'études c/ Société TNS SECODIP, n°JurisData : 2006-304407
CA Paris 1ère Chambre Section H 26 septembre 2006, Le Bristol et a., RG n°2005/24285
CA Paris 26 septembre 2008, 13ème chambre des appels correctionnels, section B, époux Verrier c/ Ministère public, RG n°06/03934, jurisdata n°2008-002120
CA Paris 1ère Chambre Section H 12 décembre 2006, Orange France SA et a., n° RG n°2006/00048, Jurisdata n°2006-317994
CA Paris 16 avril 2008, 14ème Chambre – Section A, n°07/21738, Sté Panini France SA c/ Sté Energie Mobile SAS
CA Paris 26 septembre 2008, jurisdata n°2008-002120 CA Paris 1ère chambre Section H 11 mars 2009, Orange France SA et a. RG n°2007/19110
CA Paris 1ère chambre Section H 11 mars 2009, Orange France SA et a. RG n°2007/19110
CA Paris Pôle 5 -Chambre 5-7, 1er juin 2010, RG n° 2008/21057, sté Canal 9 c/ GIE les indépendants
CA Paris Pôle 5 Chambre 5-7 30 juin 2011, Orange France SA et a. RG n°2010/12049
CA Paris 5 juin 2012, Pôle 6 Chambre 1, Ballot c/ Ministère public, RG n°11/08851, jurisdata n° 2012-016189
CA Paris, Pôle 5 Chambre 11, 12 avril 2013, RG n°12/21643 Camille c/ THEC, rldi décembre 2013 n°99, Actualités n°3285, p.31
CA Paris, Pôle 1, chambre 3 16 Avril 2013, RG n° 12/17192, SARL Showroomprive.com / SAS Vente privee. Com, Numéro JurisData : 2013-017594
CA Paris Pôle 5 Ch. 4, 20 novembre 2013, n° RG: 12/05813 Monsieur Le Président de l'Autorité De La Concurrence c/ SAS Ma liste de courses et a
CA Paris Pôle 5, chambre 7 19 Décembre 2013, sté Cogent Communications France SAS, sté Cogent Communication Inc, sté France Telecom SA, RG n°2012/19484
CA Paris, 16 janvier 2014, RG n° 13/01388, Foncia c/ Imodam
CA Paris pôle 5 ch. 4, 24 septembre 2014, n° 12/06864, SA Eco-Emballages et a
CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 31 Octobre 2014 n° 2014/19335 Engie
CA Paris, Pôle 1-Chambre 3, 16 décembre 2014, ITQ Corp (ITQ Security) c/ MA Holding&Media Alarme, disponible sur legalisnet
CA Paris, Pôle 5 - Chambre 5-7, 21 mai 2015, RG n°2014/02694
CA Paris Pôle 5 - Chambre 5-7 24 Septembre 2015, RG n°2014/17586, Cégédim, Euris
CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 14 avril 2016, RG n°2015/01855, stés Graham & Brown France SARL et Graham & Brown Limited et a.
CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 6 Juillet 2017, RG n° 2017/07296
CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 25 Janvier 2018, RG n° 2017/07296
CA Paris Pôle 5 - Chambre 7, 19 juillet 2018, RG n° 16/01270, société Chronopost S.A.S. et a.,

CA Versailles, 12e ch., 29 avr. 2014, RG n° 12/07881, Sté Cegedim c/ SA Euris : JurisData n° 2014-011728
CA Versailles 24 novembre 2015 Société Digitre c/ Société Neo Avenue, disponibles sur legalisnet,

Tribunaux

T. com. Créteil, 13 octobre 2009, n° 2008 F 00629, Sté coopérative groupement d'achat des centres Leclerc
T. com. Paris, 15e ch. 30 mars 2015, RG n° 2012000109, DKT c/ Eco emballages et Valorplast

Trib corr. Versailles 18 décembre 2007 n° 0511965021, L. c/ Valéo
Trib corr. Clermont-Ferrand 26 septembre 2011

TGI Bethune 14 décembre 2010, RG n°09/02925, Acess from Everywhere c/ Eric N.,

TGI Clermont-Ferrand Ch. corr. 21 juin 2010, Michelin
TGI Montpellier du 17 septembre 2015, RG n° 13/05047, n° jurisdata 2015-025285
TGI Nanterre 2 octobre 2014, Société Digitre c/ Société Neo Avenue

TGI Paris, 27 juin 2003: PIBD 2003. III. 567
TGI Paris, 3ème ch., 1ère sect., 9 septembre 2008, France Télécom, Philips c/ Zafrane, RG n°06/09277, pibd 2008 n°883 III 591
TGI Paris, ord. réf. 28 juin 2011, RG n°11/55030, S.A. France Telecom, S.A.S. TDF et a. c/ S.A.S. Electro Depot France
TGI Paris, ord. réf., 8 déc. 2011
TGI Paris 3ème chambre 3ème section 24 Mai 2013, RG n°11/09609, France Télécom SA, TDF SAS et a. c/ Société M.G.F SAS
TGI Paris, ord. réf., 23 août 2013, RG n° 13/55102, Vringo Infrastructure c/ ZTE
TGI Paris 10 septembre 2015, 3ème chambre 1ère section, n°RG : 13/12618, Sa Van Robaeys Freres c/ Messieurs Thierry D'A et Albert P
TGI Paris, 3ème chambre 1ère section, 12 janvier 2017, RG n°15/09231, M. Bon c/ SARL Thierart
TGI Paris, 5e ch., 2e sect., 22 février 2018, n° 15/12909

Autorité de la concurrence

Aut. conc. 30 novembre 2005, décision n°05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie
Aut. conc. 5 octobre 2006, avis n° 06-A-18, relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
Aut. conc. 30 mars 2009 décision portant adoption de la charte de déontologie
Aut. conc. 8 avril 2009, décision n° 09-MC-01 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct
Aut. conc. 12 janvier 2010, décision n° 10-DCC-02 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec
Aut. conc. 25 juin 2010, avis sur la révision des règles européennes applicables aux accords de coopération horizontale
Aut. conc. 27 septembre 2010, décision n° 10-D-29 relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques
Aut. conc., 7 décembre 2010, Avis n° 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire
Aut. conc. 20 septembre 2011, décision n° 11-D-12 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus
Aut. conc. 13 mars 2012, décision n° 12-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires
Aut. conc. 15 mai 2012, avis 12-A-12 relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité avec les règles de concurrence des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers réalisées par les entrepositaires agréés
Aut. conc. 23 juillet 2012, décision 12-DCC-100 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.
Aut. conc. 5 septembre 2012, décision n° 12-DCC-129 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations
Aut. conc. 17 décembre 2013, décision n° 13-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque
Aut. conc. 8 juillet 2014, décision n° 14-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales
Aut. conc. 4 septembre 2014, Décision n° 14-D-09 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, dans le secteur des machines à café expresso

Aut. conc. 9 septembre 2014, décision n° 14-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité
Aut. conc. 22 décembre 2014, n° 14-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France
Aut. conc. 21 mars 2017, décision n° 17-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques
Aut. conc. 18 octobre 2017, décision n° 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients
Aut. conc., 20 septembre 2010, décision n° 10-D-28 relative aux Tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement
Aut. conc., 8 juill. 2014, décision n° 14-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 19 décembre 1989, n°89-D-44 relative à la saisine de la société des lubrifiants du midi
Cons. conc. 31 mai 1994, 94-D-33 relative à des pratiques de la société Hitachi France
Cons. conc. 26 septembre 1995, décision n° 95-D-62 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des consoles et des logiciels de jeux vidéo électroniques
Cons. conc. 27 février 2002, décision 02-MC-03 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France
Cons. conc., 22 mai 2002 avis n° 02-A-08 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse
Cons. conc. 5 mars 2003, décision n°03-MC-02 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Cegetel
Cons. conc. 31 mars 2003, décision 03-D-17 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute
Cons. conc. 26 novembre 2003, n° 03-D-53 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Biotherm dans le secteur de la commercialisation des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle
Cons. conc. 8 septembre 2004, n°04-D-43 relative aux marchés publics de transports scolaires de la ville de Grasse
Cons. conc. 9 novembre 2004, décision n°04-D-54 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc, dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques
Cons. conc. 30 novembre 2004, n° 04-D-63 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des activités annexes des stations-service
Cons. conc. 30 novembre 2004, n° 04-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'appareils électrodomestiques
Cons. conc., 23 févr. 2005 n° 05-D-06 relative à la saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France
Cons. conc. 31 mai 2005, décision n°05-D-25 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste
Cons. conc. 25 novembre 2005, décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens
Cons. conc. 30 novembre 2005, n°05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile
Cons. conc. 5 oct. 2006, avis n° 06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
Cons. conc. 9 octobre 2007 n°07-D-31 décision relative à des pratiques mises en œuvre par un constructeur automobile
Cons. conc. 2 février 2009, décision n°09-D-05 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du travail temporaire

CADA

CADA Avis n° 20110159 du 6 janvier 2011, n° JurisData : 2011-035379

CEPC

CEPC 12 mai 2016, Avis n°16-09 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers
CEPC, avis n° 16-9, 26 mai 2016

CNNum

Conseil national du numérique, Avis sur la circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse :
https://cnnumerique.fr/files/uploads/2017/04/AvisCNNum_FFoD_VFinale.pdf

- **Jurisprudence étrangère**

Allemagne

- Bundesgerichtshof, 6 mai 2009, aff. KZR 39/06 Orange Book Standard, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=acea256584d0e420272381a9d0c7a57a&nr=48134&pos=0&anz=1 (en allemand), pour une traduction de la décision en anglais voir http://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum/IEForum%20Uitspraken/Octrooirecht/EN%20Translation%20BGH%20Orange%20Book%20Standard%20-%20eng.pdf
- Landgericht Frankfurt 22 septembre 2006, Welte c/ D-Link, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse http://www.jbb.de/judgment_dc_frankfurt_gpl.pdf
- Landgericht München 19 mai 2004, n°21 O 6123/04, Welte c/ Sitecom Deutschland GmbH, au 5 novembre 2018 http://www.jbb.de/fileadmin/download/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf (en allemand), traduction anglaise disponible à l'adresse http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf
- Oberlangericht Düsseldorf, 17 novembre 2016 affaire I-15 U 66/15, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2016/I_15_U_66_15_Beschluss_20161117.html
- Oberlandgericht Karlsruhe, 8 septembre 2016 affaire 6 U 58/16, disponible au 5 novembre 2018à l'adresse : http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=OLG+Karlsruhe&Art=en&Datum=2016-9&nr=21385&pos=6&anz=12
- Landgericht Mannheim, 1er juillet 2016, affaire 7 O 209/1, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=Landgerichte&Art=en&Datum=2016-7&nr=21580&pos=9&anz=10
- Landgericht Mannheim, 29 janvier 2016, affaire 7 O 66/15, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=Landgerichte&Art=en&Datum=2016-1&nr=20430&pos=0&anz=5

USA

US Supreme Court, United States v./Terminal Railroad Assn. of St Louis, 224 US 383
US Supreme Court, Verizon Communications Inc v./Law Office of Curtis Trinko, 540 US 398
US Supreme Court, 17 juin 2013, n° 12-416 FTC v. Actavis Inc

Court of appeal (3rd circ.), 16 juill. 2012, K-Dur Antitrust Litigation, n° 10-2077,10-2078, 10-2079
Court of Appeals for the district of Columbia circuit, April 22, 2008, No. 07-1086, Rambus Inc v/ FTC, 07-1124, au 5 novembre 2018
https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/04/080422appealscourtopinion.pdf
Department of Justice, Antitrust Division, J. I. Klien (acting Assistant Attorney General), Business Review Letter, 26 juin 1997
Department of Justice, Business Review Letter du DoJ d'octobre 2006, relative à la politique de VITA, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse :
http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/219380.htm
FTC August 2, 2006, In the Matter of Rambus, Inc. Docket No. 9302, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse
https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2006/08/060802commissionopinion.pdf

IX – Communications – Déclarations – Rapports

- **Communications**

APIE (Agence du Patrimoine Immatériel de l'Etat), Ressource de l'immatériel, « Les licences libres – Creative Commons », septembre 2015, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/propriete_intellectuelle/publications/Licences_libres-Creative_Commons.pdf

AIPPI, Question 53A, 28ème Congrès de Mexico, 12-18 novembre 1972 et Comité exécutif et Conseil des Présidents de Melbourne, 24 février-2 mars 1974

AFEC, « Observations formulées sur la consultation de la Commission sur la révision du régime actuel d'évaluation des accords de coopération horizontale », 28 juin 2010, disponible au /2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/afec_fr.pdf

Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2110), renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 22 juill. 2014

Autorité de la concurrence
- avec le Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016
- Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, disponibles à l'adresse :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf
- Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence

Commission de l'Industrie, de la Recherche et de l'Energie à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur les normes européennes – Avis sur la mise en œuvre du règlement (UE) nº 1025/2012 (2016/2274(INI)) - Rapporteur pour avis (*): Hans-Olaf Henkel

Commission européenne
- Communication du 27 mai 1970, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C64/01 du 2 juin 1970

- Communication du 19 décembre 1977, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C313/03 du 29 décembre 1977
- Communication du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C231/2 du 12 septembre 1986
- Communication en application de l'article 19 §3 du règlement n°17 du Conseil concernant la politique intérimaire de l'ETSI en matière de propriété intellectuelle, JOCE 28 mars 1995 C-76/5
- Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne, JOCE C372/13 du 9 décembre 1997
- Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (1) (2001/C 368/07) du 22 décembre 2001
- Communication concernant les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07), JO C101 du 27 avril 2004
- Communication relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil (2005/C 325/07), JO C 325 du 22 décembre 2005
- Communication au parlement européen et au Conseil, « Améliorer le système de brevet en Europe », 3 avril 2007, COM(2007) 165 final
- Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n°139/2004 du Conseil et au règlement n°802/2004 de la Commission, 2008/C 267/01
- Communication relative à , « Concurrence : la Commission adopte des règles de concurrence modifiées concernant les accords de coopération horizontale » du 14 décembre. 2010, MEMO/10/676
- Communication concernant les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011
- Communication concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE (2011/C 308/06)
- Notice explicative en matière d'inspections ordonnées sur le fondement de l'article 20(4) du règlement n° 1/2003, 18 mars 2013, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html
- Communication concernant les Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (2014/C 89/03) du 28 mars 2014
- Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis), JOUE C 291/01 du 30 août 2014
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015) 192 final du 6 mai 2015
- Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation, 26 mai 2015, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/guidance_on_preparation_of_public_versions_mergers_26052015.pdf
- Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (en anglais) version révisée du 3 juin 2015, accompagnant la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure {C(2014) 4136 final}, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Créer une économie européenne fondée sur les données », COM(2017) 9 final du 10 janvier 2017

- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes », COM(2017) 712 final du 29 novembre 2017

Conseil européen
- Recommandations, « L'Europe et la société de l'information planétaire », mai 1994
- Décision du 30 mars 1998 portant adoption d'un programme communautaire pluriannuel pour stimuler la mise en place de la société de l'information en Europe (« société de l'information »), JOCE 7 avr. 1998, nº L 107 p. 10-15.
-Résolution du 21 novembre 1996 sur les nouvelles priorités politiques concernant la société de l'information, JOCE 12 déc. 1996, nº C 376, p. 1-5.
Merger Remedies Study - Public version, DG COMP, Commission européenne, Octobre 2005, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf
OCDE, « Open Innovation in Global Networks », 2008 : http://www.oecd.org/sti/sci-tech/openinnovationinglobalnetworks.htm

- **Rapports**

Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2009 - Etude thématique sur les échanges d'informations

CADA, Rapport pour l'année 2008

Conseil de la concurrence
- Rapport pour l'année 1997
- Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, « L'effet sensible : révolution ou continuité ? »
- Rapport annuel 2005, Etude thématique sur Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions
- Rapport annuel 2007 – Etude thématique sur les mesures conservatoires

Cour de cassation
- Rapport annuel 2010 – Etude « Le droit de savoir », p.243
- Rapport 2001 de la Cour de Cassation, Deuxième partie Etude et Documents, Etude sur le thème des libertés : CHAMPALAUNE, C., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence » et KARSENTY, D., « Le droit au procès équitable »

CSPLA, rapport concernant « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit », BENABOU, V.-L., FARCHY, J. et BOTTEGHI D. - Commission spécialisée, juin 2007

Commission européenne
- XXVème Rapport sur la politique de concurrence, 1995
- Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market - Final Study, avril 2013, préparée pour la Commission Européenne, MARKT/2011/128/D, disponible au /2016 à l'adresse http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14900 References of Economics Literature : Appendix 1 in Appendix 4 p.33 et suivantes, disponible au /2018 à l'adresse http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14900
- Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT/2010/20/D – Report on Trade Secrets for the European Commission, Hogan Lovells International LLP, 23 septembre 2011

Commission des lois : FRASSA, CH.-A. Rapport n°419 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, portant transposition de la directive n°2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation

Gouvernement
Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25, NOR: JUSC1522466P

Parlement européen
- Rapport du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur l'accès aux documents des institutions (2004/2125(INI)) du 15 mars 2006, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0052+0+DOC+XML+V0//FR
- Rapport du sur l'accès du public aux documents (article 104, paragraphe 7, du règlement), années 2011-2013 (2013/2155(INI)) n° A7-0148/2014 du 27 février 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0148+0+DOC+XML+V0//FR#title2
- Rapport sur les normes européennes – mise en œuvre du règlement (UE) nº 1025/2012 (2016/2274(INI)), n° A8-0213/2017, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Rapporteure: Marlene Mizzi ; 9 juin 2017

Sénat
LAMURE, E., « Rapport d´information fait au nom de la commission des affaires économiques sur l'impact de la normalisation », enregistré à la Présidence du Sénat le 12 juillet 2017, session extraordinaire de 2016-2017, n° 627

- **Déclarations**

Berlin Declaration of Public Access to Scientific Knowledge, le 22 octobre 2003 : http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.htm , et www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-berlin-sur-le-Libre
Budapest Open Access Initiative, 14 février 2002, www.budapestopenaccessinitiative.org et www.openaccess.inist.fr/?Initiative-de-Budapest-pour-l
Déclaration de Bethesda le 11 avril 2003, www.openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Bethesda-pour-l

X – Communiqués de presse – Articles de presse – posts de blog

- **Communiqués de presse**

Commission européenne
- Communiqué de presse du 23 août 2007, MEMO/07/330 : « Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Rambus »
- Communiqué de presse du 9 décembre 2009, IP/09/ 1897: « Abus de position dominante: la Commission accepte les engagements offerts par Rambus de réduire le taux de ses redevances sur les puces à mémoire »
- Communiqué de presse du 10 décembre 2009, MEMO/09/549, « Pratiques restrictives et abus de position dominante : la Commission se réjouit de la déclaration publique d'IPCom sur l'octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ».
- Communiqué de presse du 14 décembre 2010, MEMO/10/676 « Concurrence: la Commission adopte des règles de concurrence modifiées concernant les accords de coopération horizontale »
- Communiqué de presse du 21 mars 2014, IP/14/299, « Antitrust : la Commission adopte un régime de concurrence révisé pour les accords de transfert de technologie »
- Communiqué de presse du 29 avril 2014, IP-14-490, « Antitrust: la Commission accepte les engagements proposés par Samsung Electronics concernant les injonctions relatives aux brevets essentiels liés à une norme »

- Communiqué de presse du 7 octobre 2016, disponible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_fr.htmComm. Communiqué de presse IP/16/4473 du 20 décembre 2016, « Concentrations: la Commission affirme que Facebook a communiqué des informations trompeuses sur le rachat de WhatsApp »
- Communiqué de presse IP/17/1369 du 18 mai 2017, « Concentrations: la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp ».
- Communiqué de presse IP/17/5 « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données. », 10 janvier 2017
- Communiqué de presse IP/17/3190, « État de l'Union 2017: un cadre pour la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'UE », 19 septembre 2017
- Communiqué de presse IP/18/4227 « Marché unique numérique: les négociateurs de l'UE parviennent à un accord politique sur la libre circulation des données à caractère non personnel », 19 juin 2018
- Communiqué de presse du 18 juillet 2018, IP/18/4581, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche »
- Communiqué de presse du 6 décembre 2016, IP/16/4284, « Concentrations: la Commission autorise, sous condition, le rachat de LinkedIn par Microsoft »

Cour de cassation – Communiqué relatif à l'arrêt Cass Com 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Bull Civ IV n°181

OMPI – Communiqué de presse 6 décembre 2013 : « Nouveau système de concession de licences en ligne visant à faciliter la reproduction des travaux des organisations intergouvernementales », PR/2013/750

SACEM – Communiqué du 16 septembre 2013 : « La SACEM et Creative Commons renouvellent leur accord » (accord signé le 9 janvier 2012), www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/derniers-communiques-2013/sacem-et-creative-commons-renouvellent-leur-accord-septembre2013 , accord toujours en vigueur

- **Articles de presse – posts de blog**

DUPERRON, A., « L'année prochaine, vous pourrez voyager dans l'espace avec Blue Origin », 23 juillet 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://fr.express.live/2018/07/23/lannee-prochaine-vous-pourrez-voyager-dans-lespace-avec-blue-origin

GREENBERG, B., « Tesla encourages free use of its patents—but will that protect users from liability? », JUNE 13, 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://concurringopinions.com/archives/2014/06/tesla-encourages-free-use-of-its-patents-but-will-that-protect-users-from-liability.html

HU, B., HU, M., YANG, Y., « Open or closed? Technology sharing, supplier investment, and competition », Manufacturing Service Operations Management, 2016, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.informs.org/Blogs/M-SOM-Blogs/M-SOM-Review/Why-did-Tesla-Give-Away-Patents-for-Free-An-Analysis-of-the-Open-Technology-Strategy-from-an-Operational-Perspective

KALOGEROPOULOS, L., « Amende Google : « La concurrence, ce n'est pas la loi du plus fort » », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/28/amende-google-la-concurrence-ce-n-est-pas-la-loi-du-plus-fort_5336987_3232.html

LAUSSON, J.
- « La nasa partage son savoir-faire en libérant une partie de ses brevets », 12 mai 2016, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.numerama.com/sciences/169650-la-nasa-partage-son-savoir-faire-en-liberant-une-partie-de-ses-brevets.html
- « SpaceX dans le viseur : Blue Origin a lancé et récupéré son lanceur New Shepard J.», 30 avril 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://numerama.com/sciences/363128-spacex-dans-le-viseur-blue-origin-a-lance-et-recupere-son -lanceur-new-shepard.html

LE NOAN, E. et PETIT, N., « Amende Google : « une instrumentalisation politique du droit de la concurrence » », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/18/amende-google-une-instrumentalisation-politique-du-droit-de-la-concurrence_5333131_3232.html

LUCEK, N. W., « Take Off Every Zig: The Risk in Tesla's "All Our Patent Are Belong to You" Message », 11 juillet 2014, disponible au 18 août 2018 à l'adresse : https://www.cleanandgreenlaw.com/2014/07/11/tesla-patents/ , accessible *via* le cache google au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H43K7t7-74cJ:https://www.cleanandgreenlaw.com/2014/07/11/tesla-patents/+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr

MARTUCCI, F., « L'amende infligée à Google relève de motivations politiques », disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/25/francesco-martucci-l-amende-infligee-a-google-releve-e-motivations-politiques_5335546_3232.html

MUSK, E., CEO, "All Our Patent Are Belong To You", 12 juin 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.tesla.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you

PICHAI, S. et DUMOULIN, S., « Les griefs de la Commission et les réponses du géant américain », Les Echos n°22741, p. 18

ROUAT, S., « Falcon Heavy : un lancement triomphal, et une Tesla dans l'espace », 6 février 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://sciencesetavenir.fr/espace/falcon-heavy-lancement-inaugural-reussi-pour-la-fusee-de-spacex_119715

TOTARO, PH., « In Defense of IPR: The Timing of the Tesla Move will Diminish The Company's Value », 19 juin 2014, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : http://www.greenpatentblog.com/2014/06/19/in-defense-of-ipr-the-timing-of-the-tesla-move-will-diminish-the-company%E2%80%99s-value/
https://www.techdirt.com/articles/20150217/06182930052/elon-musk-clarifies-that-teslas-patents-really-are-free-investor-absolutely-freaks-out.shtml?utm_term=%23oa&utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter

WAKIM, N. et JACQUE PH., « Rouler à l'hydrogène, révolution ou nouvelle chimère ? », 10 juin 2018, disponible au 5 novembre 2018 à l'adresse : https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/06/10/hydrogene-revolution-ounouvelle-chimere_5312568_3234.html

XI – Sites internet

Lettre creda-concurrence suivie par l'actu-concurrence
https://blockchaindpl.org
https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html
https://media.toyota.fr
https://opensource.org
http://standards.ieee.org
https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief ECN Brief (European Competition Network)
http://www.autoritedelaconcurrence.fr
https://www.boutique.afnor.org
http://www.cecill.info
http://www.defensivepatentlicense.org
https://www.epo.org
https://www.fsf.org
https://www.ftc.gov
https://www.gnu.org
https://www.legifrance.gouv.fr
https://www.lesechos.fr
http://www.numerama.com
http://www.one-blue.com
http://www.openinventionnetwork.com
http://www.sisvel.com
https://www.prix-carburants.gouv.fr
https://www.renault.fr
https://www.tesla.com
https://www.unidroit.org
http://www.vita.com
https://www.zagaz.com
http://www.zdnet.fr

INDEX

(les nombres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Abus de position dominante : 282
- divulgation imposée : 290
- non divulgation : 283, 286

Accord *de minimis* : 302 et s.

Accord de recherche et développement
- contestation des droits de propriété intellectuelle : 174 et s.
- liberté contractuelle : 167 et s.
- liberté d'entreprendre : 168
- libre concurrence : 166
- objet du règlement : 164
- parts de marché : 170
- *patent ambush* : 173
- résultats : 177, 180 et s.
- savoir-faire : 177 et s.

Accord de report d'entrée : 102 et s.
- contrat : 103
- contrepartie : 105
- droit de la concurrence : 106
- obligation de ne pas faire : 104

Accord de transfert de technologie
- contestation des droits de propriété intellectuelle : 204 et s.
- exploitation des droits sur technologie : 200 et s.
- libertés économiques : 192 et s.
- objet du règlement : 187 et s.
- parts de marché : 194
- perfectionnements : 213 et s.
- redevances : 205 et s.

Accord Pay-for-delay (voir accord de report d'entrée)

***Anticommons* (*tragedy of the*)** : 464

Archives ouvertes : 514

Asymétrie d'information : 21, 28, 234

- B -

Bonne foi : 83

Brevet
- essentiel à une norme : 468
- complémentaire : 470, 472
- substituable : 468, 469, 472
- divulgation : 520
- *hold up* : 431
- information protégée : 8
- ouverture d'un portefeuille de brevets : 524 et s., 533 et s.
- *patent ambush* : 173, 430
- *patent thikets* : 453
- contrefaçon : 441 et s.
- position dominante : 451

- C -

Commons (tragedy of the) : 464

Concentration
- confidentialité (voir secret)
- engagement : 247 et s.
    - proportionnalité : 248
    - structurel : 251
    - comportemental : 252 et s.
    - public : 254
    - inexécution : 255
- non-divulgation : 229 et s., 257 et s.
- publication : 236
- accès au dossier : 237 et s.
- information confidentielle : 238
- *big data* : 258 et s.
- *copyleft* : 489

Concurrence déloyale : 107

Contradiction (voir *Estoppel*)

Contrefaçon
- brevet essentiel à une norme : 441 et s.

- D -

Déclaration de Berlin : 512

Déclaration de Bethesda : 512

Déclaration de Budapest : 512

Divulgation
- définition : 9

Divulgation forcée : 290
- libertés économiques : 291
- modalités : 292
- prix : 293

Donnée
- big data : 256 et s.
- circulation : 19
- définition : 7

Droit d'auteur
- information protégée : 8
- logiciel (voir ce terme)

- E -

Echanges d'informations
- caractéristiques des informations : 328 et s., 370 et s.
- caractéristiques du marché : 355 et s.
- consommateurs : 393 et s.
- effet anticoncurrentiel : 354 et s., 390 et s.
- objet anticoncurrentiel : 340, 346 et s., 348 et s.
- organisme professionnel : 325 et s.
- perte d'autonomie : 345, 385 et s.
- pratique concertée : 341 et s.
- proconcurrentiel : 332 et s.
- relation verticale : 321 et s.
- secret d'affaires : 375
- structure du marché

Economie des droits de propriété intellectuelle : 25

Effet de réseaux : 545

Engagements
- autonomie de la volonté
- caractéristiques de la procédure : 266 et s.
- cession de droits de propriété intellectuelle : 251
- concentration (voir ce terme)
- libertés économiques : 272
- licence de droits de propriété intellectuelle : 252 et s.

- Nespresso : 264 et s.
- position dominante : 269 et s.
- proportionnalité : 248

Estoppel : 529 et s.

Exclusivité
- et non-contestation : 209
- propriété : 59
- savoir-faire : 60

Exemption (voir accord de recherche et de développement et accord de transfert de technologie)

- F -

Facilités essentielles (théorie des) : 284 et s.

Fragmentation (des technologies) : 460

FRAND (voir licence)

- I -

Importance mineure (accords d') :
- admission en droit français : 306 et s.
- définition : 302
- libertés économiques : 311
- objet anticoncurrentiel : 312 et s.
- parts de marché : 305
- seuil de sensibilité (voir ce terme)

Information
- définition : 2 et s.
- bien : 5, 7

Information protégée
- définition : 8

Innovation ouverte (voir *open innovation*)

Interopérabilité : 287 et s., 420, 423 et s.

- L -

Liberté contractuelle : 14 et s.
- contenu : 14
- valeur constitutionnelle : 14,15
- limites : 16

Liberté d'entreprendre : 11 et s.
- confidentialité : 84, 86, 88
- contenu : 13
- historique : 12
- liberté du commerce et de l'industrie : 11
- limites : 13
- valeur constitutionnelle : 12

Liberté de circulation : 19

Liberté du commerce et de l'industrie : 11

Libertés économiques : 10

Libre concurrence : 17 et s.
- contenu : 18
- contexte européen : 17
- relation avec la liberté d'entreprendre : 18
- valeur : 17

Licence
- conditions FRAND : 436 et s.
- *Defensive Patent License* : 540 et s.
- économie : 495
- licences *Creative Commons* : 496 et s.
- licences libres : 489 et s.
- licences *open source* : 488, 490

Logiciel
- concurrence : 493, 494
- divulgation : 487
- information protégée : 486
- liberté contractuelle : 491
- liberté d'entreprendre : 492
- libre et *open source* : 488 et s.
- secret de fabrique : 116
- secret : 25, 487

- M -

Mesures conservatoires : 274 et s.
- atteinte à la concurrence : 277
- conditions : 275 et s.
- divulgation : 278 et s.

- N -

Normalisation
- concurrence : 435 et s.
- conditions FRAND : 436 et s., 440 et s.
- divulgation : 428 et s.
- intérêt général : 423 et s.
- libertés économiques : 427, 439
- politique d'organisme de normalisation : 432
- standard de fait : 546
- système consensuel : 426
- système ouvert : 425
- système transparent : 425
- système volontaire : 426

Nullité
- contrat de licence : 526
- restitutions : 207

- O -

Obligation de confidentialité : 85 et s.
- contenu : 90, 91
- contrepartie : 92
- durée : 89
- libertés économiques : 89
- limites : 93
- postcontractuelle : 88
- précontractuelle : 86

Obligation de non concurrence
- accès au marché : 100
- conditions de validité : 99
- définition : 95
- exclusivité : 96
- libertés économiques : 98, 100
- postcontractuelle : 97

Œuvre
- information protégée : 8
- œuvre libre : 491

Open access : 513, 518
Open innovation : 481 et s., 543
Open innovation Network : 542
Open source : 538, 539

- P -

Perfectionnements : 213 et s.

***Pools* de brevets**
- calcul des redevances : 461
- clauses : 477 et s.
- complémentarité des brevets : 470
- contexte : 454
- échanges d'informations : 475
- effets positifs : 459
- experts : 476
- fragmentation de la propriété : 460
- regroupement ouvert : 474
- risques concurrentiels : 471 et s., 477
- situation de blocage : 463
- substituabilité des brevets : 468

Publication
- article L.533-4 du code de la recherche : 516
- massification de l'offre : 517
- nécessité : 507 et s.
- ouverte (voir *open access*)
- traditionnelle : 511

Principe d'égalité : 17

- R -

Redevances
- conditions FRAND : 436 et s.
- empilement des redevances : 453, 461
- *pools* de brevet (voir ce terme)
- répartition entre membres d'un *pool* : 462

Règlement d'exemption (voir accord de rechercher et de développement et accord de transfert de technologie)

Regroupement de technologies (voir *pools de brevets*)

Renseignements non divulgués (voir secret)

- S -

Savoir-faire
- appropriation : 59
- connaissances secrètes : 54
- connaissances techniques : 52
- connaissances transmissibles : 53
- exclusivité : 60
- opposabilité : 61
- secrets d'affaires : 50, 62 et s.
-définition : 48 et s., 55 et s., 58

Secret
- abus de confiance 118 et s.
- accès au dossier : 153
- atteinte à un système de traitement automatisé de données confidentielles : 122
- comportement déloyal : 124
- coût : 28
- droits de la défense : 149
- économie : 25 et s.
- incitation à l'innovation : 29
- incrimination pénale : 109, 110
- limites : 33 et s.
- mesures probatoires : 141, 142
- préservation de la concurrence : 34
- procédure devant l'Autorité de la concurrence : 148
-procédure devant la Commission européenne : 146 et s.
- procédure : 140 et s.

- relatif : 42, 54, 57, 66, 73
- renseignements non divulgués
- substantiel et identifié : 57
- vol : 120 et s.

Secret d'affaires

- caractères : 66 et s.
- comportement illicite : 129
- contrôle de l'information : 69
- détenteur : 69
- directive n°2013/943 du 8 juin 2016 : 73 et s., 127
- libertés économiques : 128
- loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 : 75 et s.
- mesures de prévention : 70
- renseignements non divulgués : 65
- valeur commerciale : 68, 77

Secret de fabrique : 36 et s.

- caractéristiques : 42 et s.
- contenu : 39,40
- incrimination pénale 38, 40, 110 et s.

Seuil de sensibilité : 303 et s.

Standard (voir normalisation)

TABLE DES MATIERES

(les nombres renvoient aux numéros de pages)

Remerciements 5

Sommaire 7

Principales abréviations 9

Introduction 13

Première Partie L'assujettissement de la divulgation de l'information protégée aux libertés économiques 35

Titre I La mise à l'écart de la divulgation de l'information protégée par les libertés économiques 37

Chapitre 1 La préservation du secret garantie en principe par les libertés économiques 38

Section I – Les libertés économiques garantes du secret 38

§ 1. L'économie du secret 38

A/ Le secret, facteur de renforcement de la confidentialité 40

B/ Le secret, facteur de renforcement de la divulgation 44

§ 2. Le droit au secret 46

A/ Le secret, un droit de ne pas faire 46

B/ Le secret, un droit circonscrit 48

Section II – Les différents secrets applicables à l'information protégée 50

§1. Le secret de fabrique 50

A/ Secret de fabrique et caractéristiques propres 51

B/ Secret de fabrique et caractéristiques propres aux droits de propriété intellectuelle 54

§2. Le savoir-faire 57

A/ Définitions du savoir-faire 58

i) Définitions doctrinales 58

ii) Définition légale 62

iii) Définition jurisprudentielle 64

B/ L'appropriation du savoir-faire 66

C/ Les relations entre savoir-faire et secrets d'affaires 68

§3. Les secrets d'affaires 69

A/ Le rattachement des secrets d'affaires aux renseignements non divulgués 70

B/ L'introduction d'un droit spécifique des secrets d'affaires 73

Conclusion du Chapitre 82

Chapitre 2 La préservation du secret assurée en pratique par les libertés économiques 84

Section I – Le secret sauvegardé dans les contrats 85

§1. Le principe de bonne foi, fondement de la préservation du secret 85

§2. Le secret consacré par l'obligation de confidentialité 87
A/ Le temps de l'obligation de confidentialité 88
B/ Les effets de l'obligation de confidentialité 91
§3. L'usage du secret contraint par l'obligation de non concurrence 94
A/ L'obligation de non-concurrence, siège de la liberté contractuelle 94
B/ L'obligation de non-concurrence, contrainte par la liberté d'entreprendre et la libre concurrence 97
§4. Le détournement du secret par le contrat 100
Section II – Le secret défendu hors du contrat 105
§1. Le secret protégé *via* la responsabilité pénale 106
A/ La protection pénale spécifique du secret 106
B/ La protection pénale élargie au secret 112
i) Abus de confiance et secret 112
ii) Vol de secrets 114
iii) Atteinte à un système de traitement automatisé de données confidentielles 116
§2. Le secret protégé *via* la responsabilité extracontractuelle 117
A/ Le secret protégé *via* la mise en œuvre de la responsabilité civile 117
B/ Le secret protégé *via* une législation *ad hoc* 119
Section III – Le secret préservé dans les procédures 130
§1. Le secret soumis à la procédure 131
A/ Le secret soumis aux principes directeurs du procès 131
B/ Le secret sauvegardé par les pratiques du procès 134
§2. La procédure mise au secret 136
A/ Les mesures spécifiques de protection des secrets d'affaires dans les procédures de concurrence 136
B/ Les mesures générales de protection procédurales des secrets d'affaires 145
Conclusion du Chapitre 149
Conclusion du Titre I 150

Titre II La justification de la divulgation de l'information protégée par les libertés économiques 152
Chapitre 1 L'organisation des modalités de la divulgation par les libertés économiques 153
Section I – La divulgation de l'information protégée au sein d'accords de recherche et développement 154
§1. Les accords de recherche et développement : un cadre pour la divulgation de l'information protégée 155
A/ L'information protégée dans le champ d'application du règlement 155
B/ Libertés économiques et règlement d'exemption 157
C/ La portée du règlement 160
§2. Les accords de R&D : un cadre pour la divulgation de l'information protégée propre à chaque partie 162
A/ La divulgation requise des droits de propriété intellectuelle 162
B/ L'interdiction de contester les droits de propriété intellectuelle. 163
C/ La divulgation du savoir-faire préexistant 165
§3. Les accords de R&D : un cadre pour la divulgation de l'information protégée résultant des recherches communes 166

A/ L'accès aux résultats 167
B/ Les licences concédées sur les résultats 168
Section II – La divulgation de l'information protégée au sein d'accords de transfert de technologie 169
§1. Les accords de transfert de technologie : un cadre pour la divulgation de l'information protégée « aux fins de la production de produits contractuels » 170
A/ Le champ d'application du règlement 171
B/ Les libertés économiques et le règlement n°316/2014 174
C/ La portée circonscrite du règlement 176
§2. Les accords de transfert de technologie : un cadre pour la divulgation de l'information protégée propre aux parties 181
A/ L'exploitation de l'information protégée propre aux parties 181
B/ La contestation du droit sur l'information protégée propre aux parties 185
i) La contestation du droit sur technologie 185
ii) La contestation de l'exploitation du droit sur technologie 194
§3. Les accords de transfert de technologie : un cadre pour la divulgation des perfectionnements 196
A/ Le contenu de la restriction sur les perfectionnements 196
B/ La portée de la restriction sur les perfectionnements 200
Conclusion du Chapitre 203

Chapitre 2 L'injonction du principe de la divulgation par les libertés économiques 206
Section I – La divulgation requise en prévention d'une atteinte potentielle aux libertés économiques 206
§1. La divulgation de l'information protégée dans le cadre de la procédure de concentration 207
A/ La divulgation encouragée de l'information protégée dans le cadre de la procédure de concentration 207
B/ La divulgation limitée de l'information protégée dans le cadre de la procédure de concentration 212
§2. La divulgation de l'information protégée comme condition de réalisation de la concentration 221
A/ La divulgation de l'information protégée comme engagement des parties à la concentration 221
B/ La non divulgation de l'information protégée comme condition de la concentration 231
Section II – La divulgation imposée en réparation d'une atteinte réelle aux libertés économiques 236
§1. La divulgation curative de l'information protégée 236
§2. La divulgation punitive de l'information protégée 247
A/ La divulgation imposée à titre conservatoire 248
B/ La divulgation imposée à titre de sanction définitive 255
Conclusion du Chapitre 268
Conclusion du Titre II 269
Conclusion de la Première Partie 269

Seconde Partie L'affectation des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée 271
Titre I L'ambivalence des effets de l'échange d'informations protégées sur les libertés économiques 273
Chapitre 1 L'échange d'informations protégées au service des libertés économiques 275
Section I – La concurrence bienveillante à l'égard de l'échange d'informations protégées 275
§1. Une bienveillance dictée par l'importance mineure de l'échange d'informations protégées 276
§2. Une bienveillance limitée par l'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations protégées 288
Section II – Les échanges d'informations protégées favorables à la concurrence 294
§1. Les échanges d'informations protégées entre non-concurrents 295
A/ Les échanges d'informations dans une relation verticale 295
B/ Les échanges d'informations issus d'organismes professionnels 297
§2. Les caractéristiques des échanges d'informations protégées au service de la concurrence 299
A/ La nature des informations échangées 299
B/ Le contexte concurrentiel des échanges d'informations protégées 303
Conclusion du Chapitre 305

Chapitre 2 L'échange d'informations protégées au préjudice des libertés économiques 307
Section I – L'échange d'informations protégées constitutif de restriction de concurrence 307
§1. Echange d'informations protégées et restriction par objet 308
A/ Echange d'information et pratique concertée 309
B/ L'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations protégées 314
§2. Echange d'informations protégées et restriction par effet 321
A/ Echange d'informations protégées et structure du marché 322
vii) Un marché transparent 322
viii) Un marché concentré 323
ix) Un marché non complexe 326
x) Un marché stable 327
xi) Un marché homogène 328
xii) L'évolution des caractéristiques du marché 329
B/ Echange d'informations protégées et nature des données 329
i) L'échange de données stratégiques 330
ii) L'échange de données confidentielles 331
iii) L'échange de données individualisées 333
iv) La temporalité des données 335
v) La temporalité des échanges d'informations 336
C/ Echange d'informations protégées et effet sur le marché 337
i) Echange d'informations et perte d'autonomie 338
ii) Effet anticoncurrentiel potentiel d'un échange d'informations 343
Section II – L'échange d'informations protégées défavorable au consommateur, source d'atteintes aux libertés économiques 345

§1. La participation du consommateur à l'échange d'informations protégées 345
A/ Les consommateurs inclus dans l'échange d'informations protégées 346
B/ Les consommateurs exclus de l'échange d'informations protégées 350
§2. Les conséquences de l'échange d'informations protégées sur le consommateur 352
A/ L'échange d'informations protégées défavorable au consommateur 352
B/ L'échange d'informations protégées favorable au consommateur 354
Conclusion du Chapitre 358
Conclusion du Titre I 360
Titre II La stimulation des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée 362
Chapitre 1 L'affermissement des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée 363

Section I – La divulgation d'informations normalisées, facteur de développement des libertés économiques 363
§1. La divulgation de l'information protégée dans le cadre de la normalisation, vecteur de renforcement des libertés économiques 364
A/ La divulgation par la normalisation favorable aux libertés économiques 365
B/ La divulgation d'informations protégées lors de l'élaboration de la norme favorable aux libertés économiques 370
§2. Les risques concurrentiels de la normalisation jugulés par les conditions de la divulgation de l'information protégée 378
A/ L'exigence d'une divulgation de l'information protégée à des conditions « FRAND » 379
B/ L'autonomie de la volonté du titulaire d'une information protégée contrainte par l'engagement « FRAND » 384
Section II – La divulgation d'informations groupées, facteur de développement des libertés économiques 396
§1. La divulgation de l'information protégée *via* les *pool*s de brevets, facteur de développement des libertés économiques 398
A/ La facilitation de l'accès à l'information protégée *via* un *pool* de brevets 399
B/ L'évitement de situations de blocage grâce à la divulgation de l'information protégée *via* un *pool* de brevets 403
§2. Les risques concurrentiels de la divulgation de l'information protégée via un *pool* de brevets 404
A/ Le risque concurrentiel résultant de la qualification des brevets du *pool* 405
B/ Le risque concurrentiel résultant de l'organisation du *pool* de brevets 410
i) Le risque concurrentiel résultant des relations entre les membres du *pool* 411
ii) Le risque concurrentiel résultant des stipulations imposées à l'occasion du *pool* 413
Conclusion du Chapitre 415

Chapitre 2 Le renouvellement des libertés économiques par la divulgation de l'information protégée 417
Section I – Le renouvellement des libertés économiques *via* la divulgation originale de l'information protégée par le droit d'auteur 420
§ 1. Du logiciel à l'œuvre, la divulgation originale par le contrat 420

A/ L'« ouverture » du logiciel ou la consécration contractuelle de la divulgation de l'information protégée 420
B/ Le rayonnement de la philosophie de divulgation hors du domaine logiciel 432
§2. La divulgation de l'information scientifique, point de rencontre d'intérêts divergents 439
A/ La publication, le principe d'une divulgation nécessaire 439
B/ La publication, entre diffusion étendue et transmission entre initiés 442
Section II – Le renouvellement des libertés économiques par la divulgation innovante de l'information protégée par un droit de brevet 451
§1. Les conditions de la divulgation d'un portefeuille de brevets 453
A/ L' « ouverture » des brevets à la recherche d'une qualification 453
B/ L'« ouverture » contrôlée des brevets 460
§2. L'opportunité économique de l' « ouverture » d'un portefeuille de brevets 463
A/ La philosophie altruiste de l' « ouverture » des brevets 464
B/ L'intérêt égoïste de l' « ouverture » des brevets 469
Conclusion du Chapitre 473
Conclusion du Titre II 474
Conclusion de la Seconde Partie 475
Conclusion générale 476

Bibliographie 482

Index 534

Table des matières 540

-