

La protection tant attendue du secret des affaires en France : espoir ou réalité ?

Charlotte MONTAUD

Conseil en Propriété Industrielle, Plasseraud IP
Pôle Contrats et Valorisation

Le droit s'adapte une fois de plus à la nouvelle économie de l'information et de la donnée, sous l'impulsion de l'Union Européenne, pour protéger la richesse des entreprises qui repose sur des actifs immatériels, toujours plus abstraits mais valorisables : leurs informations confidentielles, stratégiques, sensibles, leur savoir-faire, leurs connaissances, leurs méthodes de travail, leurs projets d'innovation. C'est ainsi qu'un nouvel arsenal juridique, sui generis, a vu le jour pour anticiper des problématiques et mieux protéger les avantages compétitifs des entreprises, avec l'adoption de la loi du 30 juillet 2018, transposant la directive européenne 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.

La France a fini par adopter un régime spécifique visant à la protection du secret des affaires, par une loi du 30 juillet 2018, transposant la directive européenne 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.

Le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires pour l'application de la loi précitée, décret très attendu par les praticiens, ne s'est pas fait attendre, publié le 13 décembre 2018 au Journal Officiel. La plupart des dispositions sont entrées en vigueur au lendemain de sa publication.

Historiquement, certains secrets, classés par catégories, bénéficiaient déjà d'une protection spécifique dans l'arsenal juridique français : le secret défense, le secret de l'instruction, le secret bancaire, le secret médical, le secret professionnel, le secret de fabrique, le secret des correspondances...

Toutefois, une telle protection variée et éparse n'était pas satisfaisante pour protéger les savoir-faire secrets des entreprises au niveau national.

Force est de constater que les entreprises françaises et européennes innovantes sont de plus en plus sujettes à des vols d'informations, de l'espionnage industriel et économique, accrus par les moyens techniques de l'information et de communication, toujours plus performants et invasifs.

Les entreprises travaillent désormais en collaboration, parfois transfrontalière, dans le cadre de projets de consortium européens, de sorte que la diffusion et le partage d'informations est un élément essentiel pour créer des opportunités de développement et d'accroissement de valeur.

Dans le contexte d'une économie nouvelle ouverte, basée sur le concept de l'innovation collaborative, les entreprises ont à cœur de protéger leur savoir-faire par le secret et utilisent la confidentialité comme un moyen stratégique de compétitivité.

Nonobstant l'accord sur les ADPIC, qui contient des dispositions relatives à la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers, il existait de fortes disparités quant à la protection du secret des

affaires au sein des différents Etats membres de l'Union Européenne.

Ces disparités impliquaient une insécurité juridique et étaient génératrices de fragmentation du marché intérieur en matière de recherche et développement.

C'est la raison pour laquelle il a été convenu de mettre en place, au niveau de l'Union Européenne, des règles pour rapprocher les droits des Etats membres de façon à garantir des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires.

L'adoption de la loi française transposant la Directive 2016/943 ne s'est pas faite sans heurts, les médias étant vent debout contre cette réforme, de nombreux députés, sénateurs, journalistes, lanceurs d'alerte et associations ayant dénoncé un outil de censure inédit.

Nicole Belloubet, Ministre de la Justice, avait défendu ce projet en expliquant à l'Assemblée Nationale que la loi avait pour objectif de « protéger les entreprises contre le pillage d'innovations, lutter contre la concurrence déloyale ».

Pour le garde des Sceaux, « la protection du secret des affaires est essentielle pour le développement de l'innovation et le maintien des avantages concurrentiels de nos entreprises. C'est un élément puissant d'attractivité de notre droit, partant de notre économie ».

Les opposants doutaient que le texte soit utile aux petites et moyennes entreprises et craignaient surtout qu'il ne soit détourné de son objet pour museler les journalistes et les lanceurs d'alerte.

L'adoption de cette loi française la transposant a largement été relayée par la presse, d'aucuns redoutant une omerta des entreprises privées attentatoire, notamment, à la liberté d'expression, à la liberté de la presse, à la liberté d'information, mais aussi à la liberté des lanceurs d'alerte.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a rappelé en préambule sa capacité limitée pour exercer son contrôle dans ce cas, l'article 88-1 de la Constitution posant la transposition des directives européennes dans le droit français comme « une exigence »¹.

Il lui appartenait néanmoins de vérifier que la directive n'entraîne pas en contradiction avec « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » et en particulier que les droits et libertés fondamentaux n'étaient pas bafoués et le principe de la proportionnalité respecté.

Les rédacteurs de la Directive et de la loi française la transposant sont parvenus à créer un équilibre entre la nécessité de protéger les secrets d'affaires des entreprises et celle de préserver les droits et libertés fondamentaux, l'intérêt public (notamment la santé publique, la sécurité publique, la protection des consommateurs, la protection de l'environnement), et la mobilité des travailleurs.

Le Conseil Constitutionnel a donc validé la loi très controversée sur le secret des affaires.

Nous analyserons l'objet et les conditions de la protection du secret des affaires (I), avant d'étudier les actions en prévention, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret des affaires (II).

I. L'objet et les conditions de la protection du secret des affaires

Le législateur français avait déjà pris conscience de la nécessité de protéger des informations dites confidentielles, au stade des négociations contractuelles.

C'est ainsi que l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a codifié une obligation de confidentialité, pendant la phase des négociations, même en l'absence de contrat entre les parties à l'article 1112-2 du Code civil:

¹ Décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018

« 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 ».

Cette obligation par défaut pouvait être saluée, mais n'était pas suffisante.

Ce qui constitue ou non une information confidentielle n'était, en effet, pas défini.

Or, toutes les informations échangées au cours des négociations ne peuvent être présumées confidentielles et cette notion devra être contractuellement définie.

Cette obligation ne semble couvrir, en outre, que les informations échangées durant les négociations. Ainsi, les informations obtenues au cours de l'exécution du contrat ne sont pas couvertes.

La Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires codifie la définition de l'information protégée au titre du secret des affaires.

1. Définition de l'information protégée au titre du secret des affaires

La loi du 30 juillet 2018 reprend les trois critères fixés par l'article 2 de la directive, eux-mêmes fortement inspirés de l'article 39 des Accords ADPIC, et crée l'article L 151-1 du code de commerce qui précise qu'est protégée au titre du secret des affaires **toute information** répondant aux trois critères suivants :

- (i) **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 ;

- (ii) Elle revêt une **valeur commerciale**, effective ou potentielle, du fait de son caractère **secret** ;

- (iii) Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de **mesures de protection raisonnables**, compte tenu des circonstances, pour en conserver le secret.

En préambule, en recourant au terme « toute information », il apparaît que la définition des « secrets d'affaires » est si vaste et imprécise que n'importe quelle information interne à une entreprise, de quelque nature (notamment technique, scientifique, commerciale, financière, comptable ou économique) et sous quelque forme (connaissances, données, expériences, savoir-faire, plans, études, matériels, audits, données expérimentales et de tests, échantillons, modèles, méthode, conception d'outil, procédés, prototypes, composants spécifiques, logiciels, business plans, informations relatives à des fournisseurs, clients, études, stratégies de marchés etc.) que ce soit, pourrait être classée dans cette catégorie, sous réserve bien entendu de remplir les trois critères rappelés ci-après.

(i). Une information définie de manière négative

Seront protégées les informations secrètes, ce qui exclut les informations qui sont publiques (faciles d'accès) ou qui sont connues dans le domaine professionnel concerné.

Le texte prévoit en effet que cette information ne doit pas être généralement connue pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité, ou leur être aisément accessible.

Le caractère secret n'est pas absolu mais relatif, c'est-à-dire apprécié par rapport à une catégorie de personnes.

Certains commentateurs ont critiqué cette notion aux contours indéfinis de « personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité » et regretté qu'il ne

soit pas fait référence à une notion plus connue d'homme de l'art ou l'homme du métier.

Toutefois, cette notion bien connue des praticiens du droit de la propriété intellectuelle n'est pas nécessairement adaptée à tous les domaines et est plus restrictive en ce qu'elle évoque la notion de professionnels du domaine, ce qui n'est pas le cas des « personnes familières » qui semble être un cercle plus large.

(ii.) Une information à valeur commerciale

C'est parce que cette information est secrète qu'elle a une valeur commerciale.

Le choix du terme de « commercial » est regrettable en ce qu'il est restrictif. Si l'on considère que la valeur économique recouvre plus largement les procédés, techniques, formules, algorithmes, cahiers de laboratoires, R&D, organigramme, business plan, concept,... il aurait été préférable de préserver « l'économie de la connaissance ».

La commission des lois de l'Assemblée nationale a toutefois élargi à toute valeur commerciale, effective ou potentielle, conformément à ce qui avait été exposé au considérant 14 de la Directive 2016/943.

Pour le législateur, il ressort du dossier législatif que concernant la valeur commerciale, il faut comprendre tout élément du potentiel scientifique, technique, des intérêts économiques ou financiers, des positions stratégiques ou de la capacité concurrentielle de son détenteur, ce qui est donc extrêmement large.

D'ailleurs le considérant 14 de la Directive 2016/943 prévoit que « 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 ».

Le professeur Pierre Berlioz considèrerait qu'une information a une valeur dès lors qu'elle est, directement ou indirectement, source de gains ou d'économies et que tel est le cas d'une information qu'une entreprise a obtenue en exposant des frais, et dont l'utilisation par une autre entreprise permettrait à celle-ci de réaliser des économies².

(iii.) Une information qui a fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables

Le texte prévoit que le détenteur légitime doit avoir pris des mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour conserver le caractère secret de cette information.

L'information, pour accéder au statut de secret des affaires, devra avoir été protégée par son détenteur légitime.

Là encore, il semble que le législateur ait souhaité tempérer l'exigence de mesures de protection pour conserver l'information secrète en prévoyant :

- Que les mesures de protection sont raisonnables ;
- Et qu'il faut tenir compte des circonstances.

Encore une fois, le législateur apporte de la relativité dans l'appréciation de cette exigence.

En effet, les exigences ne seront certainement pas les mêmes entre des startups, des PME, des ETI, des grands groupes ou des laboratoires de recherche publique.

Il s'agit donc pour le juge d'apprécier au cas par cas, selon la taille de la société, sa

² P. Berlioz, « Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée », *RDC* 2015 p. 124 s.

structuration, son organisation, si le détenteur légitime de l'information a mis en œuvre des mesures de protection raisonnables suffisantes à conserver le secret, en fonction aussi des circonstances, donc sans doute du contexte mais aussi du type, voire de la valeur des informations.

Il incombera aux juridictions de fixer au cas par cas le niveau et la nature de la protection raisonnablement déployée (mesures techniques ou contractuelles) par l'entreprise qui entend bénéficier du secret des affaires.

Quoi qu'il en soit, les entreprises ont intérêt à insérer dans les contrats qu'elles concluent avec leurs salariés et partenaires des clauses de confidentialité pour les informations qu'elles échangent avec eux.

2. Définition de la détention légitime et de l'obtention licite d'un secret des affaires

➤ *La détention légitime d'un secret des affaires*

Le détenteur légitime du secret est « celui qui en a le contrôle de façon licite » (article L. 151-2 du Code de commerce).

La même notion a été retenue dans la Directive avec le « détenteur de secrets d'affaires » qui est défini comme « toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite ».

L'article 39 des accords ADPIC faisait référence, sans la nommer, à « la personne qui en a licitement le contrôle ».

Le législateur a bien pris le soin d'évacuer la notion de propriété de l'information pour lui préférer celle de contrôle licite, pour y inclure les personnes détentrices du secret sans être propriétaires de l'information à proprement parler.

Le détenteur légitime d'un secret des affaires est celui (personne physique ou morale) qui en a le contrôle et, par conséquent, qui peut prétendre au bénéfice de la protection légale de ce secret et a qualité pour agir en cas d'atteinte au secret qu'il contrôle.

À la différence d'un titre de propriété industrielle, par exemple un brevet, qui confère en principe un droit exclusif d'exploitation, il peut exister plusieurs détenteurs légitimes d'un secret des affaires.

Doit par exemple être considéré comme un détenteur légitime celui à qui un autre détenteur légitime a régulièrement cédé ou transmis le secret, sauf stipulation contractuelle contraire ou limitative de l'usage de ce secret.

Sera donc concerné le détenteur initial mais aussi toutes les personnes contractuellement autorisées à le connaître, par exemple dans le cadre d'une communication de savoir-faire (Rapport AN n° 777 relatif à la loi 2018-670).

➤ *L'obtention licite d'un secret des affaires*

Le législateur semble opérer une distinction entre le contrôle licite de l'information secrète et la simple obtention licite.

L'obtention licite ne semble pas conférer en soi un contrôle sur le secret et donc un droit à agir pour en assurer la protection, mais elle semble exempter simplement celui qui a obtenu le secret de tout risque de condamnation pour atteinte au secret.

La loi française distingue spécialement deux cas d'obtention licite:

- (i) la découverte ou la création indépendante ;
- (ii) le reverse engineering (entendu comme 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), sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret.

Ce dernier point doit attirer l'attention des rédacteurs d'accords de confidentialité qui

devront prendre le soin d'exclure la possibilité de pratiquer du reverse engineering pour éviter que le tiers obtienne licitement des informations secrètes contrôlées par le communiquant.

A l'inverse, il peut paraître stratégique dans certains cas de se réserver la possibilité d'obtenir des droits sur les informations issues d'une pratique de reverse engineering et par conséquent de ne pas aborder cette question dans le cadre d'un accord de confidentialité.

3. Les cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites d'un secret des affaires

➤ *L'obtention illicite d'un secret des affaires*

L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte :

- d'un accès non autorisé ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique comportant le secret ou dont il peut être déduit ;
- de tout autre comportement déloyal et contraire aux usages en matière commerciale ;

S'il existe plusieurs détenteurs légitimes, chaque détenteur a le contrôle du secret. Si l'un d'entre eux permet régulièrement à une autre personne d'obtenir ou d'utiliser ce secret, celle-ci n'a pas besoin du consentement des autres détenteurs légitimes pour obtenir ou utiliser licitement le secret.

L'obtention peut aussi être illicite lorsqu'au moment de l'obtention, 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.

A l'instar de ce qu'avait déjà jugé la Cour de cassation en matière de concurrence déloyale, en considérant que « l'appropriation, par des procédés déloyaux, d'informations confidentielles relatives à l'activité d'un concurrent, constitue un acte de concurrence déloyale » (quand bien même leur usage n'avait pas été établi)³, la seule appropriation d'informations confidentielles sera sanctionnée, même si celles-ci n'ont pas été utilisées.

➤ *L'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires*

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 des affaires de manière illicite ;
- 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 serait utilisé de manière illicite.

L'utilisation ou la divulgation du secret d'affaires est également considérée comme illicite lorsque, au moment 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

³ Cass. com. 8 fév. 2017, pourvoi n° 15-14.846

personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite.

4. Les exceptions à la protection du secret des affaires

Dans plusieurs cas, le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret des affaires est :

- requise ou autorisée par le droit de l'UE, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans le cadre de procédures d'enquêtes, de contrôles, d'autorisations ou de sanctions d'autorités juridictionnelles ou administratives ;
- intervenue pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, la liberté de la presse et la liberté d'information ;
- intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice ;
- intervenue pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte ;
- intervenue pour protéger un intérêt légitime reconnu par le droit de l'UE ou le droit national ;

En outre, deux mesures spécifiques ont été adoptées pour protéger les salariés ou leurs représentants :

- lorsque l'obtention du secret des affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ;
- lorsque la divulgation du secret des affaires par des salariés à leurs représentants est intervenue, dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions et qu'elle était nécessaire à cet exercice.

Il est à noter que dans ce cas, le secret des affaires ne leur est pas opposable, mais que l'information ainsi obtenue ou divulguée demeure néanmoins protégée au titre du

secret des affaires à l'égard des tiers qui en ont eu connaissance.

II. Les actions en prévention, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret des affaires

Le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires pour l'application de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, a consisté à introduire au sein du Code de commerce un nouveau titre consacré à la protection du secret des affaires.

Les principaux apports consistent à préciser le contenu des mesures provisoires et conservatoires, pouvant être prononcées sur requête ou en référé en cas d'atteinte à un secret des affaires, mais aussi à définir des règles procédurales applicables par les juges aux mesures de protection du secret des affaires.

1. Actions en prévention et en cessation d'une atteinte au secret des affaires

Une entreprise qui allègue une atteinte au secret des affaires et la captation illicite d'une information protégée dont elle était le détenteur légitime peut engager une action en responsabilité civile à l'encontre de l'auteur de ces atteintes.

➤ Règles de compétence

Conformément aux règles ordinaires de compétence juridictionnelle, les actions civiles devraient relever de la compétence :

- des tribunaux de commerce lorsque le demandeur et le défendeur à l'action sont tous les deux des sociétés commerciales ;
- des tribunaux de commerce si le litige survient entre une société commerciale et un commerçant ou entre commerçants ;
- des tribunaux de grande instance dans les autres cas, notamment en cas de contentieux entre une entreprise et une personne physique.

➤ Prescription quinquennale

De telles actions sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause.

Cette prescription déroge au principe du droit commun de la responsabilité civile, posé à l'article 2224 du Code civil, selon lequel le délai de prescription court à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

➤ *Mesures ordonnées par le juge*

La juridiction saisie peut, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, "notamment" :

- interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;

- interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins ;

- ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, ordonner leur remise totale ou partielle au demandeur ;

- ordonner que les produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, modifiés afin de supprimer l'atteinte au secret des affaires, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée.

Ces mesures seront ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte.

Le nouvel article R. 152-1 du Code de commerce précise les modalités d'octroi de mesures provisoires et conservatoires destinées à prévenir une atteinte imminente ou à faire cesser une atteinte actuelle à un secret des affaires.

Dans ce cas, le juge peut prescrire, sur requête ou en référé, toute mesure provisoire et

conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte.

Il peut notamment :

(i) interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;

(ii) interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits soupçonnés de résulter d'une atteinte significative à un secret des affaires, ou d'importation, d'exportation ou de stockage de tels produits à ces fins ;

(iii) ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tels produits, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

Cette disposition est particulièrement intéressante pour empêcher l'introduction sur le marché français de produits fabriqués par exemple grâce à un procédé de fabrication secret obtenu de façon illicite.

Toujours dans la recherche d'un équilibre et de proportionnalité entre le caractère manifeste de l'atteinte au secret des affaires du plaignant et du caractère dommageable de telles mesures, le décret a introduit un mécanisme, bien connu en droit français, de constitutions de garanties, qui n'était pas prévu par la loi.

De telles garanties ont vocation à permettre au juge d'autoriser la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret des affaires tout en la subordonnant à la constitution par le défendeur d'une garantie destinée à assurer l'indemnisation du détenteur du secret.

Ces garanties seront constituées dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 du code de procédure civile.

Le décret a prévu que les mesures classiques provisoires et conservatoires deviendront caduques si le demandeur ne saisit pas le juge du fond dans un délai courant à compter de la date de l'ordonnance de vingt jours ouvrables ou de trente et un jours civils si ce dernier délai est plus long.

➤ *Indemnité à titre alternatif*

Il est à noter que la juridiction saisie peut, à la demande de l'auteur de l'atteinte au secret, décider du versement d'une indemnité à la partie lésée, en remplacement des différentes mesures présentées ci-dessus, lorsque :

- l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ;
- l'exécution de ces mesures causerait à cet auteur un dommage disproportionné ;
- le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Dans ce cas, le montant de cette indemnité ne peut être supérieur au montant des droits qui aurait été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret.

Pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires, dont les modalités sont déterminées par voie de décret.

2. Actions en réparation d'une atteinte au secret des affaires

Le calcul du montant des dommages et intérêts s'effectue en considération, notamment :

- des conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ;

- du préjudice moral causé à la partie lésée ;
- des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte.

Selon les débats parlementaires, la référence au « préjudice effectivement subi » tend à écarter une éventuelle pratique de « dommages-intérêts punitifs » d'un montant supérieur à celui du préjudice, telle qu'elle a été développée aux Etats-Unis⁴.

En droit français, les principes régissant la responsabilité civile en France prévoient l'exigence d'un préjudice actuel et certain et la réparation intégrale du préjudice sans bénéfice pour la partie qui a subi le préjudice.

La juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question.

Enfin, la juridiction peut ordonner des mesures de publicité de sa décision, par voie d'affichage, de presse ou en ligne, aux frais de l'auteur de l'atteinte, tout en veillant bien entendu à protéger le secret des affaires.

3. Mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales

Comme exposé dans le considérant 24 de la Directive 2016/943, « La perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une procédure judiciaire décourage souvent les détenteurs légitimes de secrets d'affaires d'engager des procédures judiciaires pour défendre leurs secrets d'affaires, ce qui nuit à l'efficacité des mesures, procédures et réparations prévues. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, sous réserve de mesures de sauvegarde appropriées garantissant le droit à un recours

⁴ Rapport Sén. n° 419 relatif à la loi 2018-670.

effectif et à accéder à un tribunal impartial, des règles spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires faisant l'objet du litige pendant les procédures judiciaires intentées pour sa protection ».

A l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction, une partie ou un tiers peut alléguer que la diffusion d'une pièce peut porter atteinte au secret des affaires.

Elles ne visent donc pas les instances engagées devant le juge pénal.

➤ *Les différentes mesures que le juge peut prendre*

La loi prévoit que le juge peut alors prendre diverses dispositions, d'office ou à la demande des parties ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :

- Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis d'une personne habilitée à l'assister ou à le représenter ;
- Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès ;
- Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;
- Adapter la motivation de sa décision et les modalités de publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

Il est à noter que l'article 145 du Code de procédure civile prévoyait déjà la possibilité d'ordonner à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, des mesures d'instruction légalement admissibles s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

➤ *Le placement sous séquestre*

L'article R 153-1 du Code de commerce prévoit que le juge saisi sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ou au cours d'une mesure d'instruction ordonnée sur ce fondement, peut ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires.

Si le juge n'est pas saisi d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance en application de l'article 497 du code de procédure civile dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision, la mesure de séquestre provisoire est levée et les pièces sont transmises au requérant.

➤ *La possibilité de restreindre le cercle des personnes pouvant accéder aux pièces ou assister aux audiences*

L'article R 153-2 du Code de commerce prévoit également la possibilité pour le juge de restreindre le cercle des personnes pouvant avoir accès aux pièces versées au dossier ou pouvant assister aux audiences, et il peut également décider que ces personnes ne peuvent pas faire de copie de ces pièces, sauf accord du détenteur de la pièce.

➤ *La communication des pièces prétendues confidentielles*

L'article R 153-5 du Code de commerce prévoit que le juge refuse la communication ou la production de la pièce lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à la solution du litige.

A l'inverse, lorsque celle-ci est nécessaire à la solution du litige, conformément à l'article R 153-6 du Code de commerce, le juge ordonne la communication ou la production de la pièce dans sa version intégrale. Toutefois, dans ce cas, le juge désigne la ou les personnes pouvant avoir accès à la pièce dans sa version intégrale.

En revanche, comme le prévoit l'article R 153-7, lorsque seuls certains éléments de la pièce sont de nature à porter atteinte à un secret des affaires sans être nécessaires à la résolution du litige, le juge ordonne la communication ou la

production de la pièce dans une version non confidentielle ou sous forme d'un résumé, selon les modalités qu'il fixe.

➤ *L'adaptation du jugement à l'exigence du secret*

Le décret a prévu des dispositions à l'article R 153-10 permettant le respect du secret jusque dans la décision de magistrat, qui a vocation à être accessible au public.

En effet, à la demande d'une partie, un extrait de la décision ne comportant que son dispositif, revêtu de la formule exécutoire, peut lui être remis pour les besoins de son exécution forcée.

Une version non confidentielle de la décision, dans laquelle sont occultées les informations couvertes par le secret des affaires, peut être remise aux tiers et mise à la disposition du public sous forme électronique.

➤ *Obligation de confidentialité*

Le législateur a prévu d'imposer une obligation de confidentialité à toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires.

Le législateur a prévu que cette obligation perdure à l'issue de la procédure, sans limite de temps. Toutefois, cette obligation prendra fin :

- Si une juridiction décide, par une décision définitive, qu'il n'existe pas de secret des affaires ;
- Ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles.

➤ *Sanctions du détournement*

Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du nouveau régime de protection du secret des affaires pourra être condamnée au paiement d'une amende civile, dont le montant ne pourra être supérieur à 20% du

montant de la demande de dommages et intérêts.

En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 Euros.

Cette personne pourra en outre être condamnée à verser des dommages et intérêts à la victime de la procédure.

Ce nouveau dispositif légal et réglementaire visant à protéger le secret des affaires ne peut qu'être salué en ce qu'il a cherché à protéger les entreprises en leur permettant de préserver la confidentialité d'informations qui ne peuvent pas bénéficier de la protection du droit de la propriété intellectuelle (brevets, dessins et modèles, droits d'auteur) et qui sont néanmoins importantes pour maintenir leur compétitivité.

Fortes de ce nouvel arsenal juridique, les entreprises doivent mettre en place une véritable stratégie interne et externe pour préserver le secret des affaires et pouvoir prétendre à son bénéfice devant une juridiction en cas de litige.

Les entreprises doivent prendre concrètement des mesures de protection des secrets de l'entreprise et être à même de le prouver en cas de contentieux.

Cela implique pour l'entreprise d'être en capacité d'identifier, de structurer par ordre de sensibilité et de formaliser les informations qu'elles considèrent relever du secret des affaires (description des informations / méthodologies / procédés / formules conservées secrètes) et de s'assurer qu'elles bénéficient d'une valeur commerciale, existante ou potentielle.

Il est capital également que l'entreprise prenne les dispositions pour prouver avec une date certaine les informations qu'elle entend protéger au titre du secret des affaires (horodatage, cahiers de laboratoire déposés chez des officiels ministériels, e-Soleau...).

L'entreprise doit être en mesure de prouver qu'elle a pris **des mesures de protection raisonnables**, compte tenu des circonstances, pour en conserver le secret.

Ces mesures doivent s'entendre à différents niveaux :

Au niveau de ses salariés, l'entreprise doit se prémunir des éventuelles divulgations indues, en les sensibilisant sur les informations classées au secret, en intégrant des dispositions spécifiques au sein du règlement intérieur, et prévoir une charte informatique ainsi que des obligations de confidentialité dans les contrats de travail notamment.

Au niveau des risques d'intrusion physique, l'entreprise doit également mettre en place un dispositif de sécurité visant à s'en prémunir, tels que la sécurisation de son site et de ses accès, la segmentation des procédés de fabrication, la sécurisation des embauches (y compris des stagiaires et intérimaires) et des entrées des prestataires, clients, sous-traitants, prospects...

Au niveau des risques d'intrusion informatique, qui sont bien évidemment très menaçants, ce d'autant plus qu'ils ne sont pas toujours perceptibles, l'entreprise doit s'adapter et rester alerte sur les différents modes de protection (tests d'intrusion, mots de passe, mobilité (laptop, tablettes, smartphone), filtres de confidentialité sur les écrans, éducation des salariés aux moyens de détecter des virus apparents...).

Enfin, les risques vis-à-vis des partenaires commerciaux sont cruciaux, que ce soit en phase de négociations ou bien en cours d'exécution des contrats, mais d'autant plus en phase de pourparlers depuis la réforme du droit des obligations qui a introduit une obligation générale précontractuelle d'information, au terme de l'article 1112-1 du Code civil.

En conclusion, cet arsenal juridique nouveau est au service des entreprises qui doivent se l'approprier dans la vie réelle des affaires.

C. M.