

Une nouvelle ère pour le secret des affaires

Après plusieurs années de négociations au niveau européen puis français, un dispositif de protection du secret des affaires a finalement été mis en place. La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 dite « secret des affaires » a été transposée en droit interne par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018. Le décret d'application (n° 2018-1126) a été publié le 13 décembre 2018. Cette loi définit pour la première fois le « secret des affaires » en droit français. Elle liste également les atteintes à ce secret et propose des mesures pour les prévenir ou les faire cesser ainsi que pour préserver ce secret avant ou au cours d'un procès. Cette loi devrait changer significativement la pratique des entreprises en matière de secret des affaires, tant du point de vue juridique que stratégique.



Marie Danis, avocat associé, cabinet August Debouzy

Thierry Lautier,
avocat conseil, cabinet August Debouzy

? En quoi la loi du 30 juillet 2018 va-t-elle bouleverser la pratique en matière de secret des affaires ?

Avant la loi du 30 juillet 2018 (V. not. JCP G 2018, act. 888, S. Schiller), aucun texte spécifique n'était consacré à la protection du secret des affaires en France. Le secret des affaires était alors une notion sans définition uniforme, protégée de façon imparfaite par divers instruments. À titre d'exemple, en matière civile, l'action en concurrence déloyale, fondée sur le droit commun de la responsabilité, couvre un spectre large de secrets mais requiert un préjudice et un lien de causalité, souvent difficiles à démontrer. En matière pénale, certaines infractions ont pu être utilisées (abus de confiance, vol et recel d'informations), mais l'absence de définition précise du secret des affaires se prête mal au domaine pénal. Des textes plus spécifiques protègent également les entreprises, notamment contre leurs propres salariés (secret de fabrique) ou certaines professions réglementées (secret professionnel). On peut encore citer la propriété industrielle (brevets, marques, dessins et modèles),

mais celle-ci requiert une publication du secret. Enfin, la liberté contractuelle semble offrir une protection « sur-mesure », mais les clauses de confidentialité et de non-concurrence confèrent souvent une protection imparfaite quant à leur durée (limitée) et leur effet (relatif). La loi du 30 juillet 2018 va bouleverser la pratique en créant dans le Code du commerce un régime spécifique de protection, qui définit pour la première fois le « secret des affaires », liste les atteintes à celui-ci et offre un arsenal de mesures civiles propres à les prévenir ou à les faire cesser. Cette loi devrait aider les entreprises à mieux défendre leur patrimoine immatériel dans un contexte concurrentiel et international, propice à l'espionnage et au pillage de données. Un enjeu de la loi reste toutefois de préserver un équilibre avec plusieurs droits et libertés fondamentales (notamment des journalistes, des lanceurs d'alerte, des salariés et représentants syndicaux).

? Quelles informations sont désormais couvertes par le secret des affaires ?

Aux termes du nouvel article

L. 151-1 du Code du commerce, pour être protégée au titre du secret des affaires, une information doit remplir les trois critères cumulatifs suivants : (1) ne pas être, 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) revêtir une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret et (3) faire 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 deux premiers critères couvrent une large palette d'informations, tant techniques (savoir-faire, programmes de R&D...) que commerciales (listes de clients, taux de marge...), la plupart ayant une valeur commerciale au moins potentielle. Le troisième critère devrait être plus limitant, puisqu'il fait dépendre la protection au titre du secret des affaires de la nature des mesures prises (et de la preuve de ces mesures) pour protéger effectivement l'information. Autrement dit, dans la loi

du 30 juillet 2018, ce qui caractérise le secret des affaires n'est pas tant le type d'information ou la valeur de celle-ci, mais plutôt les mesures de protection mises en place par son détenteur pour la maintenir secrète.

? Que faut-il entendre par « mesures de protection raisonnables » ?

La loi n'apporte aucune précision quant au caractère « raisonnable » des mesures de protection mises en place pour protéger l'information, si ce n'est qu'elles doivent être raisonnables « compte tenu des circonstances ». Cette formulation devrait conduire les magistrats à adopter une approche *in concreto*, qui dépendra notamment de la taille et des moyens financiers et humains de l'entreprise, ou encore de l'importance stratégique de l'information pour l'entreprise. Dans ce cadre, les entreprises disposeront d'une liberté importante pour protéger leurs informations sensibles, sans pour autant disposer d'un standard ou de mesures « minimum ». Il en résulte une relative incertitude juridique, dans l'attente que la jurisprudence fixe et stabilise ce critère. L'avocat a un rôle à jouer pour conseiller ses clients sur les mesures de protection à mettre en place ou à perfectionner afin de s'assurer que l'entreprise pourra se prévaloir de la nouvelle loi. Pourra être revue la politique générale de protection d'informations confidentielles, en particulier du marquage de ces informations, de la restriction d'accès à celles-ci, ou encore de la confidentialité des salariés et des tiers. Il conviendra de ménager

la preuve des mesures mises en place en prévision d'un futur litige, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agira de solliciter des mesures provisoires ou conservatoires, pour lesquelles les juridictions devraient être plus exigeantes en matière de preuve.

? Quelles mesures provisoires et conservatoires peut-on espérer ?

Certaines atteintes au secret des affaires (telles que la divulgation) peuvent avoir des conséquences irréversibles. Dans d'autres cas (tels qu'une simple appropriation), la divulgation du secret peut encore être empêchée. Pour prévenir une telle atteinte, la loi prévoit que des mesures provisoires et conservatoires peuvent être ordonnées, sur requête ou en référé (C. com., art. L. 152-4). Toutefois, pour préserver les droits des prétendus auteurs de l'atteinte, le nouvel article R. 152-1 introduit par le décret d'application du 13 décembre 2018 précise que ces mesures doivent être « proportionnées » et instaure un mécanisme de garantie : par le défendeur (pour être autorisé à poursuivre l'utilisation illicite alléguée du secret) ou par le demandeur (pour être autorisé à faire exécuter les mesures). Ce mécanisme permettra sans doute de contrebalancer l'éventuelle faiblesse des éléments de preuve fournis par le détenteur du secret, dans l'attente d'une procédure au fond.

? Comment la loi s'articule-t-elle avec le droit commun de la responsabilité civile ?

Le nouvel article L. 152-1 du Code du commerce prévoit que « 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 ». La loi introduit donc une responsabilité civile spécifique, qui doit être distinguée du droit commun de la responsabilité puisqu'elle nécessite seulement l'établissement d'une faute (l'atteinte au secret des affaires). La question se pose de savoir comment ce nouveau régime va s'articuler avec les autres instruments mentionnés ci-dessus, notamment l'action en concurrence déloyale fondée sur le droit commun de la responsabilité. Le considérant 39 du préambule de

la directive du 8 juin 2016 ayant précisé qu'elle « ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines », on peut penser que le droit commun de la responsabilité civile continuera de s'appliquer dans tous les cas non couverts par la loi nouvelle. Dès lors, si par exemple le détenteur du secret échoue à prouver la mise en place de « mesures de protection raisonnables », le privant de la protection au titre de la loi de 2018, il pourrait encore engager une action en concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, à condition toutefois de prouver un préjudice et un lien de causalité.

? Le nouveau dispositif est-il plus dissuasif ?

On peut penser que ce nouveau dispositif sera plus dissuasif que les instruments déjà existants,

intégrale du préjudice découlant de l'article 1240 du Code civil, dans la mesure où elle reprend le mode de calcul de la directive du 8 juin 2016, dont le considérant 30 précise que son but « n'est pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs ».

? En quoi la loi de 2018 peut permettre de s'opposer à toute communication de pièce et à toute mesure d'instruction ou de saisie-contrefaçon ?

La loi du 30 juillet 2018 instaure des mesures de protection du secret des affaires à l'occasion de litiges civils ou commerciaux en cours ou à venir. Si ces dispositions visent à encourager le détenteur d'un secret à agir en justice sans créer un risque supplémentaire de divulgation du secret (ce qui le placerait dans une situation plus défavorable que s'il n'agissait pas), elles valent plus généralement pour

ayant accès à une telle pièce, qui perdure à l'issue du litige. Enfin, en cas de mesures d'instruction sur requête sur le fondement de l'article 145 du CPC, le nouvel article R 153-1 du Code du commerce prévoit que le juge peut ordonner d'office le placement des pièces demandées sous « séquestre provisoire » (qui pourra être levé si l'ordonnance n'est pas contestée dans un délai d'un mois à compter de sa signification). Ce séquestre peut également être ordonné en cas d'opérations de saisie-contrefaçon (les articles correspondants du CPI renvoyant à C. com., art. R. 153-1 nouveau).

? Comment la loi va-t-elle s'appliquer dans le temps ?

L'article L. 152-2 du Code du commerce, introduit par la loi, dispose que « les actions relatives à une atteinte au secret des affaires sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause ». Il déroge au droit commun de la prescription en ce que le point de départ du délai est l'atteinte au secret des affaires. Autrement dit, il est possible de remonter à une atteinte à un secret d'affaires qui aurait eu lieu 5 ans auparavant.

? La loi présente-t-elle un risque vis-à-vis du secret des affaires des tiers ?

Si la loi du 30 juillet 2018 protège les secrets des affaires d'une entreprise, elle l'expose également à des actions pour atteinte au secret des affaires de concurrents. Cela peut être le cas d'une entreprise qui recrute l'ancien salarié d'un concurrent, porteur de secrets de son ancien employeur. Ce peut être encore le cas d'un concurrent agissant de façon abusive. À cet égard, le nouvel article L. 152-8 du Code du commerce sanctionne les procédures dilatoires ou abusives d'une amende civile, dont le montant n'excède pas 20 % du montant de la demande de dommages-intérêts (si des dommages-intérêts sont sollicités) ou 60 000 euros (en l'absence de dommages-intérêts sollicités). Si cette amende civile devrait limiter les actions abusives de concurrents pour atteinte à un secret des affaires (au moins s'agissant du montant des dommages-intérêts sollicités), un certain niveau de vigilance demeure nécessaire. ■

« L'avocat a un rôle à jouer pour conseiller ses clients sur les mesures de protection à mettre en place ou à perfectionner afin de s'assurer que l'entreprise pourra se prévaloir de la nouvelle loi. »

du seul fait qu'il définit le secret des affaires et fournit un arsenal de mesures civiles propres à protéger le secret, au rang desquelles figurent des mesures d'interdiction de réalisation ou de poursuite de certains actes (utilisation, divulgation, mise sur le marché...), des mesures de destruction et de rappel des circuits commerciaux, des mesures de publicité du jugement. Des dommages-intérêts peuvent également être alloués, selon une méthode de calcul issue de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, ce nouveau dispositif aurait sans doute été encore plus dissuasif s'il avait intégré des sanctions pénales (prévues initialement dans le projet de loi) et des dommages-intérêts punitifs (la loi ne devrait apporter aucune exception au principe de réparation

toute partie souhaitant éviter la divulgation d'un secret à l'occasion d'un litige. Ainsi, le nouvel article L. 153-1 du Code du commerce prévoit que lorsqu'il est fait état d'une pièce ou lorsque la communication ou la production d'une pièce est demandée, si une partie ou un tiers allègue que la pièce est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut mettre en place des mesures de protection, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers. Parmi ces mesures, le juge peut prendre seul, connaissance de la pièce et décider d'en limiter la communication ou la production à certains éléments ou d'en restreindre l'accès à certaines personnes, en fonction de ce qui est nécessaire à la solution du litige. Le nouvel article L. 153-2 du Code du commerce impose également une obligation de confidentialité à l'égard de toute personne