

ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI RELATIVE A LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Le 30 juillet 2018, la loi n°2018-670 relative à la protection du « secret des affaires », qui transpose la directive 2016/943 (« Directive européenne »), a été promulguée, après avoir fait l'objet d'un examen par le Conseil constitutionnel.

LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DU SECRET DES AFFAIRES

Une définition harmonisée du secret des affaires

Le principal apport de cette loi est de poser une définition générique du secret des affaires qui était jusqu'alors l'objet de textes épars dans différents codes, lois et règlements sans aucune définition harmonisée.

Désormais, l'article L. 151-1 du Code du commerce (« C.Com. ») définit le secret des affaires comme toute information répondant aux trois critères cumulatifs suivants :

- elle ne doit pas être, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible par les personnes familières de ce type d'information en raison de leur secteur d'activité ;
- elle doit revêtir une valeur commerciale du fait de son caractère secret ;
- elle doit faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en protéger le secret.

La détermination du caractère licite ou illicite de l'obtention, l'utilisation et la divulgation d'éléments couverts par le secret des affaires

La loi définit les atteintes à ce secret en distinguant les obtentions licites et illicites de ces secrets :

(i) les modes suivants sont considérés comme licites (art. L.151-3 C.Com.) :

- l'obtention du secret procède de la découverte ou de la création indépendante (autrement dit, le secret des affaires ne crée pas un droit exclusif dès lors que le détenteur d'un secret d'affaires peut se voir opposer un secret des affaires en tous points identiques au sien pour autant qu'un développement indépendant se trouve à l'origine de l'obtention du secret) ;
- l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet 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) ;

(ii) les modes suivants sont considérés comme illicites :

- obtention sans le consentement du détenteur légitime et résultant d'un accès, d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont le secret d'affaires peut être déduit, ou de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale (art. L. 151-4 C.Com.) ;

- lorsqu'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 (art. 151-6 C.Com.).

De manière similaire, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sera considérée comme illicite lorsqu'elle aura été commise par une personne qui a obtenu le secret des affaires de manière illicite, qui agit en violation d'une obligation (issue notamment d'un accord de confidentialité ou d'une obligation contractuelle) de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation, ou lorsqu'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 (art. L.151-5 et -6 C.Com.).

Enfin, la production, l'offre ou la mise sur le marché ainsi 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.

Les exceptions à la protection du secret des affaires

Le secret des affaires n'est pas absolu et la loi a prévu les exceptions suivantes :

- (i) divulgation requise ou autorisée par un texte (droit de l'Union européenne, traités ou accords internationaux ou droit national) notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle ou d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives (art. L.151-7 C.Com.) ;
- (ii) divulgation justifiée par (art. L. 151-8 C.Com.) :
 - l'exercice du droit à la liberté d'expression et de communication (notamment le respect de la liberté de la presse) et à la liberté d'information (le législateur opérant un renvoi à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au même titre que la Directive européenne dans son considérant 19) ;

- la révélation, dans un but de protection de l'intérêt général, de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » ;
- la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Nota bene : La loi vise ainsi les « lanceurs d'alerte », dont le statut a été précisé par la Loi Sapin II : « Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ».

La Loi ménage également la protection du secret des affaires avec le droit du travail et la protection des salariés. Ainsi, à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, celui-ci ne sera pas opposable lorsque :

- l'obtention du secret est intervenu dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ;
- la divulgation du secret par des salariés à leurs représentants est intervenu dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, du moment que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice (art. L.151-9 C.Com.).

LES MESURES JUDICIAIRES INTRODUITES PAR LA LOI : DES REGLES PROTECTRICES DU SECRET DES AFFAIRES

La Directive européenne a imposé aux Etats membres de prévoir les mesures, procédures et

réparations nécessaires en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation de secrets des affaires.

Les mesures visant à prévenir ou faire cesser l'atteinte au secret des affaires

Afin de prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires, les juridictions compétentes peuvent prescrire toute mesure proportionnée - y compris sous astreinte - et d'une durée suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique pour l'auteur de l'atteinte.

Cela recouvre (i) des mesures d'interdiction de réaliser ou poursuivre les actes d'utilisation ou de divulgation du secret des affaires ainsi que la production, la mise sur le marché ou l'utilisation de produits issus d'un secret des affaires, (ii) des mesures ordonnant la destruction totale ou partielle de tous les supports qui contiennent ou matérialisent le secret des affaires ou encore (iii) des mesures de rappel des produits litigieux (*art. L. 152-3 C.Com.*).

La juridiction peut également prononcer, sur requête ou en référé, des mesures conservatoires et provisoires dont les modalités seront déterminées par décret en Conseil d'Etat (*art. L.152-4 C.Com.*).

Responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte et réparation de l'atteinte

Le législateur français a prévu que les atteintes au secret des affaires engagent la responsabilité civile de son auteur, l'action visant à réparer le préjudice subi étant prescrite par cinq ans à compter des faits ayant causé l'atteinte au secret des affaires.

La loi précise également que le quantum des dommages et intérêts venant réparer l'atteinte au secret des affaires doit prendre en compte (i) le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée, y compris la perte de chance, (ii) le préjudice moral, (iii) les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte (y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels). La loi prévoit un mécanisme original alternatif à ce calcul permettant à la juridiction saisie, si la partie lésée le demande, d'allouer à titre de réparation une somme forfaitaire - non exclusive cependant d'une indemnité pour préjudice moral - prenant en compte les droits qui auraient été dus si

l'auteur de l'atteinte avait demandé d'utiliser le secret des affaires (*art. L. 152-6 C.Com.*).

Enfin, la juridiction peut prononcer la publication de la décision sanctionnant l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, tout en veillant au respect de la confidentialité de celui-ci, notamment par voie d'affichage ou par voie de publication dans les journaux ou services de communication au public en ligne (*art. L.152-7 C.Com.*).

La protection spécifique devant les juridictions civiles ou commerciales

Pour permettre une protection effective du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales, où il peut être débattu d'éléments inhérents au secret des affaires (lorsqu'il est fait état d'une pièce de nature à porter atteinte au secret des affaires ou lorsque la communication d'une telle pièce est sollicitée par l'une des parties), la loi prévoit des dispositions procédurales spécifiques, inspirées de la pratique développée devant les juridictions, notamment consulaires.

Ainsi, sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, le juge pourra, d'office ou à la demande de l'une des parties, (i) prendre connaissance seul de la pièce litigieuse ou ordonner une expertise et solliciter l'avis d'une personne habilitée pour décider s'il y a lieu d'appliquer les mesures de protection à ladite pièce, (ii) décider de limiter la communication de cette pièce, (iii) décider que les débats auront lieu en chambre du conseil ou encore (iv) adapter la motivation de sa décision et les modalités, le cas échéant, de la publication de la décision (*art. L. 153-1 C.Com.*).

Enfin, toute personne ayant accès à une pièce couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité (*art. L.153-2 C.Com.*).

Sanction en cas de procédure abusive du détenteur d'un secret des affaires

Compte tenu des craintes exprimées que cette loi vienne limiter l'accès aux documents internes de l'entreprise par les journalistes ou les lanceurs d'alerte et ouvre la voie à des procédures dites « bâillons » initiées par les entreprises, la loi prévoit un cas spécial d'amende civile pouvant être prononcée par le juge contre l'initiateur d'une action finalement jugée dilatoire ou abusive dans la limite de 20% du montant de la demande de dommages et intérêts formulée par le

demandeur (ce plafond étant de 60 000 euros en l'absence de demande chiffrée) (art. L.152-8 C.Com.).

LES ZONES D'OMBRES DE CETTE LOI

Cette loi présente cependant un certain nombre de zones d'ombres qui rendent son effectivité incertaine :

- l'un des critères permettant de définir l'information constitutive du secret des affaires est la mise en place par son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, pour en conserver le caractère secret. Or, le législateur ne précise aucunement ce qu'il entend par ce type de mesure ni quel serait le seuil du caractère « raisonnable » des mesures de protection.

En pratique, les entreprises devront définir, recenser et hiérarchiser les informations qu'elles estimeront comme relevant du secret des affaires, tout en prévoyant un contrôle interne propre à garantir la protection de ces informations (désignation en interne de responsables, mises en place de procédure interne de contrôle, limitation du nombre de personnes ayant accès à l'information, organisation de formations pour les salariés afin de les sensibiliser à la notion de secret des affaires, mises en place d'accords de non-divulgaration avec les employés et les partenaires commerciaux, etc.)

- les décrets en Conseil d'Etat définissant les mesures provisoires et conservatoires pouvant être prises par les juridictions saisies n'ont pas encore été publiés ;

- la protection du secret des affaires est de nature purement civile, ce qui conduit certains à douter de son efficacité en l'absence de dispositions pénales que la Directive autorisait pourtant les Etats à prévoir ;
- en raison des différences de transposition pouvant exister entre les Etats membres en raison de cette marge d'appréciation laissée par le Parlement européen, un *forum shopping* pourrait se dessiner et favoriser les actions dans les Etats membres ayant les mesures de protection du secret des affaires les plus coercitives ;
- dans un souci d'harmonisation entre la nouvelle loi et les textes déjà en vigueur, le Conseil d'Etat avait recommandé au législateur de procéder à un état des lieux du droit français afin d'assurer la cohérence de l'insertion de ce nouveau régime dans l'ordonnement juridique (notamment quant aux notions voisines telles que le secret industriel et commercial ou quant à la possible modification de la loi dite « loi de blocage » du 26 juillet 1968). Cet état des lieux, pourtant nécessaire pour poursuivre l'objectif de clarté de la loi et de sécurité juridique, n'a pas été fait par le législateur, ce qui laisse entières les questions pratiques préexistantes à la loi sur ces points.

Les auteurs :

Loïc Henriot
Avocat Associé, Paris
+33 1 53 53 45 03
lhenriot@cohengresser.com



Magalie Jullien
Avocat à la Cour, Paris
+33 1 53 53 44 79
mjullien@cohengresser.com

A propos de Cohen & Gresser :

Cohen & Gresser est un cabinet d'avocats international basé à New York, Paris, Séoul et Washington DC. Fondé en 2002, le cabinet, reconnu dans de nombreux classements, dont Chambers, Legal 500 et Décideurs, connaît une forte croissance et compte aujourd'hui environ soixante-dix avocats. A Paris, le cabinet intervient en droit social, fusions & acquisitions, marchés financiers, white collar defense, droit fiscal et nouvelles technologies.

New York | Seoul | Paris | Washington DC | London

www.cohengresser.com
info@cohengresser.com
+1 212 957 7600
Attorney Advertising

