

Publication de la loi relative à la protection du secret des affaires : une nouvelle arme pour la défense des intérêts de l'entreprise

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires a été publiée au Journal officiel du 31 juillet 2018 et permet la transposition en droit français de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, dont l'objectif est d'établir un niveau suffisant, proportionné et comparable de réparation dans tout le marché intérieur en cas d'appropriation illicite.

A cet égard, le considérant premier de la Directive indique que : *« Les entreprises ont recours à différents moyens pour s'approprier les résultats de leurs activités liées à l'innovation lorsque l'application du principe d'ouverture ne permet pas d'exploiter pleinement leurs investissements dans la recherche et l'innovation. L'utilisation des droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets, les dessins et modèles et le droit d'auteur, constituent l'un de ces moyens. Un autre moyen de s'approprier les résultats de l'innovation consiste à protéger l'accès aux connaissances qui ont une valeur pour l'entité et qui sont peu connues, et à exploiter ces connaissances. Ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés « secrets d'affaires ».*

L'adoption de ce texte de transposition par le Parlement a été l'occasion de nombreux débats – souvent cristallisés autour de la liberté de la presse et des lanceurs d'alertes – et certains députés et sénateurs en avaient saisi le Conseil constitutionnel. Le projet de loi a finalement été validé sans réserve, le Conseil constitutionnel entérinant ce texte qui constitue sans aucun doute une nouvelle arme pour la défense des intérêts des entreprises.

La protection contre les atteintes au « secret des affaires » reposait en effet jusqu'à lors sur le seul droit de la responsabilité civile. Le nouveau texte ouvre donc une voie complémentaire aux droits de propriété intellectuelle.

C'est ainsi que l'article 1^{er} de la loi du 30 juillet 2018 créé un nouveau chapitre dans le Code de commerce, intitulé "De la protection des secrets des affaires".

Le texte définit la notion de « secret des affaires »

Le nouvel article L. 151-1 du Code de commerce prévoit que : *« 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. »*

La définition du secret des affaires concerne ainsi une « *large gamme d'informations, qui va des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires et les études et stratégies de marché* » (cf. considérant 2 de la Directive).

Le texte précise qu'on entend par « *détenteur légitime* » d'un secret des affaires « *celui qui en a le contrôle de façon licite* ». A cet égard, constituent des modes d'obtention licite d'un secret des affaires :

- Une découverte ou une création indépendante ;
- 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 (nouveaux articles L. 151-2 et L. 151-3 du Code de commerce).

Cette définition met donc à la charge des entreprises l'obligation de prendre les mesures de protection adéquates, que ce soit en son sein (formation des salariés, sécurisation informatique, etc.) ou dans le cadre des relations avec ses partenaires (accords de confidentialité).

Le texte détermine les conditions de l'obtention, de l'utilisation et de la divulgation illicites

Les nouveaux articles L. 151-4 à L. 151-6 du Code de commerce envisagent tour à tour les cas dans lesquels un secret des affaires est obtenu, utilisé et divulgué de manière illicite.

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.

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 ci-dessus 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.

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.

Le texte prévoit également des exceptions à la protection du secret des affaires, celui-ci n'étant notamment pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.

Le texte encadre les actions en prévention, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret des affaires

Partant du principe que « *toute atteinte au secret des affaires engage la responsabilité civile de son auteur* » (nouvel article L. 152-1 du Code de commerce), le texte propose un panel de mesures destinées à prévenir et faire cesser une atteinte au secret des affaires (nouveaux articles L. 152-3 à L. 152-5 du Code de commerce).

Dans le cadre d'une action relative à la prévention ou la cessation d'une atteinte à un secret des affaires, la juridiction peut ainsi, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte. Le juge peut par exemple :

- 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.

La juridiction peut également prononcer des mesures de publicité et 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, selon le cas, confisqués au profit de la partie lésée.

En outre, 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 seront déterminées par décret.

Le texte détaille les conditions de réparation d'une atteinte au secret des affaires

Le nouvel article L. 152-6 du Code de commerce prévoit que pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, « *la juridiction prend en considération distinctement :*

- *Les 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 ;*
- *Le préjudice moral causé à la partie lésée ;*
- *Les 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 retirées de l'atteinte ».*

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. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée* ».

Ce dispositif est sensiblement identique à celui existant en matière de contrefaçon et énoncé aux articles L.331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle pour le droit d'auteur, L.716-14 pour les marques et L.615-7 pour les brevets. La perte de chance n'est toutefois pas expressément visée par le Code de propriété intellectuelle au titre des conséquences économiques négatives de l'atteinte, bien que régulièrement prise en compte par les juges.

En pratique, ce dispositif ne dispense pas de faire la démonstration du préjudice invoqué et des sommes réclamées à ce titre (Cass. com., 10 déc. 2013, pourvoi n°13-81.572), la détermination des dommages et intérêts alloués en réparation du préjudice subi par la victime d'une contrefaçon relevant de l'appréciation souveraine des juges (Cass. com. 8 juin 2017, pourvoi n°15-21.357).

Les juges considèrent ainsi que le cumul des chefs de préjudice n'est pas obligatoire (pour des exemples récents : TGI Paris, 17 novembre 2016, n° 1310277, TGI Paris, 6 juillet 2017 n° 1707338), le caractère nécessairement proportionnel des sanctions justifiant parfois une pondération (Cour d'appel de Bordeaux, 6 juin 2017, RG n° 16/04616).

En tout état de cause, les commentateurs soulignent le caractère *sui generis* d'un tel régime de responsabilité qui autorise la victime à demander la confiscation des bénéfices issus de la contrefaçon, tandis que le régime général de droit commun se limite à réparer le seul préjudice évalué à l'aune de la victime. Ce mécanisme renforce la distinction entre les actions menées sur le terrain des droits de propriété intellectuelle et celles mettant en œuvre l'article 1240 du Code civil (ancien 1382) qui se cantonnent à une appréciation traditionnelle du préjudice.

Au regard de ces considérations et dans l'attente des premières décisions de justice faisant application du nouveau dispositif, il est permis de s'interroger quant à l'articulation – voire le cumul – de ce texte avec d'autres dispositions du droit en vigueur.

En effet, le nouveau dispositif doit-il être considéré comme un texte de droit spécial dérogeant en tant que tel aux dispositions de droit commun ? La question mérite spécialement d'être posée s'agissant de l'articulation de ce texte avec les droits de propriété intellectuelle, le droit de la concurrence déloyale (article 1240 du Code civil, ancien article 1382) ou encore le dispositif de l'article 1112-2 du Code civil qui prévoit 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.* »

En outre, la question se posera également à l'issue de l'adoption – à plus ou moins court terme – de la réforme de la responsabilité civile dont le projet avait été présenté le 13 mars 2017 par le Garde des sceaux et qui introduit une amende civile destinée à s'appliquer lorsqu'un responsable aura délibérément commis une faute lucrative, traditionnellement définie comme une faute commise avec l'intention de procurer à son auteur un profit supérieur à la somme que représentait la réparation du dommage subi par la victime et qui a effectivement engendré ce profit (article 1266-1 du Code civil, issu du projet).

Enfin, on notera que le texte prévoit également des mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales qu'il conviendra de concilier avec les dispositions existantes en la matière, par exemple s'agissant des actions intentées en réparation du préjudice subi en raison d'une pratique anticoncurrentielle.