



Hebdo édition affaires n°566 du 27 septembre 2018

[Affaires] Textes

Loi relative à la protection du secret des affaires : une définition et un régime juridique

N° Lexbase : N5620BXG



par Marie Frisch, Avocat au barreau de Paris, cabinet ML&A

Réf. : *Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, relative à la protection du secret des affaires (N° Lexbase : L5631LL7)*

Secret des affaires / Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 / Transposition de la Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016

La Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (N° Lexbase : L6171K83), a été transposée en droit français par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, relative à la protection du secret des affaires, publiée au Journal officiel du 31 juillet 2018.

Par ce texte, le législateur a cherché à trouver un équilibre entre les attentes des entreprises soucieuses de protéger leurs secrets et les réticences des journalistes, lanceurs d'alerte et représentants des salariés qui craignaient une atteinte à leurs droits [1].

Au-delà de l'urgence qu'il y avait à transposer la Directive, la nécessité de définir une notion utilisée dans de nombreux textes législatifs et réglementaires ainsi que par la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, dont la seule protection relevait de « *l'application jurisprudentielle des règles de droit commun de la responsabilité civile ou de certaines infractions pénales* » [2] était impérieuse.

Cette proposition est venue après cinq tentatives infructueuses en 2004, 2009, 2012, 2014 et 2015 pour donner au secret des affaires une définition en droit français.

L'apport de la loi est double : en premier lieu, elle consacre une définition du secret des affaires et lui donne une véritable valeur en tant qu'actif protégeable (I). En second lieu, elle pose un régime juridique et procédural, permettant la protection du secret des affaires (II).

I — La notion de secret des affaires

Le premier article de la loi (nouvel article L. 151-1 du Code de commerce N° Lexbase : L5710LL3) est consacré à la définition du secret des affaires (1). Quatre exceptions viennent néanmoins temporiser cette définition, dans le souci du respect de la liberté d'expression (2).

1. Définition du secret des affaires

1.1. Informations protégées

Les entreprises recèlent deux types d'informations confidentielles : d'une part, des informations ou des secrets d'ordre technique et, d'autre part, des informations ou des secrets d'ordre commercial, économique et financier.

Aux termes du nouvel article L. 151-1 du Code de commerce, est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant à trois critères cumulatifs : (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* » et (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 caractère secret* ».

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 intellectuels qui touchent au commerce (ADPIC).

Le législateur a néanmoins ajouté une condition par rapport à la définition donnée par la Directive : l'information doit revêtir une valeur commerciale « *effective ou potentielle* », ce que le texte européen n'indiquait pas.

Ainsi, entrent désormais dans cette définition toutes les informations qui peuvent contribuer, à terme, aux profits de l'entreprise et qui ne peuvent encore faire l'objet d'une protection spécifique : les étapes intermédiaires, les études préalables et voire même les pistes abandonnées qui peuvent permettre à des concurrents qui en auraient connaissance d'avancer significativement dans leur recherche.

A titre d'illustration, sont ainsi protégés les savoir-faire techniques, secrets de fabrique et données techniques, les méthodes de conception, idées originales, études spécifiques, projets concepts technologiques, design, algorithmes, codes sources, logiciels, études préparatoires d'un logiciel, améliorations d'un processus de fabrication, plans architecturaux, procédé de fabrication, formule d'un mélange, choix des matières premières, plans, prototypes et modes de réglage d'un outillage, astuces technologiques, solutions de développement durable.

Ces données, qui ne font pas l'objet d'une protection par un véritable droit de propriété intellectuelle soit parce qu'elles ne sont pas achevées, soit parce que l'entreprise s'est abstenue de breveter pour ne pas aider ses concurrents par la publication des données obligatoires, sont désormais incluses dans la définition du secret des affaires.

D'autres informations sont également rattachées à cette notion, qui n'en sont pas moins très importantes et stratégiques pour l'entreprise. Il s'agit des informations commerciales comme les fichiers clients, les fichiers fournisseurs, les plans marketing, les canaux et méthodes de distribution, les résultats d'enquête marketing et d'évaluation des produits ; des informations économiques et financières tels que notamment le contenu des offres et propositions commerciales, les montages juridiques et financiers, les conditions des contrats, les assurances, les informations sur le coût et le prix, les études de marché et enfin des informations stratégiques, comme les projets de rapprochement, les méthodes et organisations propres à l'entreprise ou les projets de recrutement.

1.2. Obtention, utilisation et divulgation illicite du secret des affaires

Le texte établit une distinction subtile entre la détention légitime et l'obtention licite du secret des affaires : aux termes de l'article L. 151-2 (N° Lexbase : L5711LL4), le détenteur licite du secret est « *celui qui en a le contrôle de façon licite* ». Tandis qu'au sens de l'article L. 151-3 (N° Lexbase : L5712LL7), le détenteur licite est celui qui a reçu l'information, par soit « *une découverte ou une création indépendante* », soit « *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* » mais qui n'en a pas le contrôle.

Cette précision est fort utile, étant rappelé que celui qui découvrirait par une démarche créative ou des études et observations ne saurait être considéré comme l'ayant obtenu de façon illicite.

Le texte poursuit en distinguant le régime de l'obtention illicite et celui de l'utilisation ou divulgation illicite.

Aux termes de l'article L. 151-4 (N° Lexbase : L5713LL8), l'obtention est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte « *d'un accès non autorisé* » et « *de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal ou contraire aux usages en matière commerciale* ». Selon l'article L. 151-5 (N° Lexbase : L5714LL9), l'utilisation et la divulgation sont illicites lorsqu'elles sont réalisées sans le consentement de son détenteur légitime par une personne (i) « *qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4* » ou (ii) « *qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation* ».

En outre, le texte précise que « *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* ».

Enfin, l'article L. 151-6 (N° Lexbase : L5715LLA) rappelle de façon plus générale que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires sont considérés comme illicites 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.

2. Exceptions à la protection du secret des affaires

L'adoption de la Directive a suscité de vifs débats en 2016 tirés essentiellement du droit à la liberté d'expression, brandi par les ONG, les syndicats et les journalistes qui jugeaient la définition du secret des affaires « *si vaste que n'importe quelle information interne à une entreprise peut désormais être classée dans cette catégorie* » et les dérogations « *trop faibles pour garantir l'exercice des libertés fondamentales* » [3].

Leur crainte, légitime, était que des scandales comme celui du «Mediator» ou du «bisphénol A» ou des affaires comme les «Panama Papers» ou «LuxLeaks» ne soient plus révélés.

La Directive a donc prévu quatre « *dérogations* » qu'elle impose aux Etats membres de respecter en rejetant la qualification de secret des affaires. Il s'agit du droit à la liberté d'expression et d'information, de la révélation d'une faute, d'un acte répréhensible ou d'une activité illégale, de la protection des lanceurs d'alerte et de l'intérêt légitime.

La loi de transposition a repris ces quatre hypothèses, en les requalifiant d'« *exceptions* ».

Désormais, l'exercice du droit à la liberté d'expression et de communication et, en particulier, le respect du droit de la presse est garanti par l'article L. 151-8 (N° Lexbase : L5717LLC) qui dispose que « *le secret des affaires n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : 1° pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ».

En outre, les lanceurs d'alerte sont également protégés et peuvent « *révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible* ».

A cet égard, le législateur a ajouté, par rapport à la Directive, l'exigence de « *bonne foi* » afin d'éviter que soient révélés, au nom de l'intérêt général, des faits certes légaux, mais qui seraient contraires à l'éthique.

Cette condition va au-delà de la définition posée par la loi «Sapin 2» du 9 décembre 2016 (loi n° 2016-1691 N° Lexbase : L6482LBP) [4], le Conseil constitutionnel ayant précisé, dans sa décision du 26 juillet 2018 [5], qu'il résulte de l'article L. 151-8, 2° que cette exception bénéficie « *à toute personne* » ayant agi afin de révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible.

Il en résulte que, contrairement aux journalistes, les lanceurs d'alerte devront prouver leur bonne foi pour être protégés.

Par ailleurs, le texte prévoit l'inopposabilité du secret « *pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national* ».

Enfin, l'article L. 151-9 (N° Lexbase : L5718LLD) est consacré à l'hypothèse de divulgation par des travailleurs à leurs représentants. Aussi, le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention est intervenue « *dans le cadre* ».

de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants» ou que la divulgation par des salariés à leurs représentants est 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».

Le législateur a repris le texte de la Directive en prenant soin de préciser que la divulgation de l'information doit être « nécessaire » à l'exercice des fonctions du salarié.

Cette précision était essentielle, dès lors que le lien avec l'exercice des fonctions justifie qu'il soit dérogé à la qualification de secret des affaires.

Mais la loi française est allée plus loin que la Directive en appliquant cette exception à l'obtention et la divulgation, là où la Directive ne prévoyait de dérogation que pour la divulgation. Ainsi, les informations obtenues et divulguées légalement par les salariés ou leurs représentants dans l'exercice légitime de leurs fonctions peuvent être utilisés aux mêmes fins, mais demeurent protégées au titre du secret des affaires à l'égard des autres personnes.

II – La procédure de protection du secret des affaires

1. Régime juridique

L'article L. 152-1 (N° Lexbase : L5719LLE) pose le principe selon lequel toute atteinte au secret des affaires engage la responsabilité civile de son auteur.

Les actions relatives à une telle atteinte sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause. La Directive permettait un délai de six ans mais le législateur français a préféré, en toute logique, appliquer notre prescription de droit commun.

2. Sanctions

Aux termes des articles L. 152-3 (N° Lexbase : L5721LLH) et suivants, des mesures tant conservatoires que définitives peuvent être prononcées par la juridiction saisie.

2.1. Mesures conservatoires

Des mesures provisoires et conservatoires peuvent être ordonnées sur requête ou en référé lorsqu'il s'agit de prévenir « une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires ».

Alors que la Directive n'envisageait que la cessation d'« une atteinte illicite », le législateur a repris les conditions exigées en cas de contrefaçon et ajouté la notion d'« atteinte imminente ».

2.2. Sanctions définitives

La juridiction saisie peut prescrire, y compris sous astreinte, « *toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou faire cesser une atteinte* » au secret des affaires. A ce titre, peuvent être ordonnées l'interdiction de la production, de la mise sur le marché ou de l'utilisation, la destruction totale ou partielle des documents ou même objets, fichiers ou matériaux contenant le secret des affaires, la suppression des produits résultant de l'atteinte au secret des affaires des circuits commerciaux.

Cette liste de mesures est non exhaustive, en raison de l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ».

En outre, le juge peut décider de remplacer toutes ces mesures par des dommages et intérêts si trois conditions sont remplies : (i) l'auteur de l'atteinte est de bonne foi, (ii) l'exécution des mesures causerait à cet auteur un dommage disproportionné et (iii) le versement de l'indemnité paraît raisonnablement satisfaisant (C. com., art. L. 152-5 N° Lexbase : L5723LLK).

Par ailleurs, des dommages et intérêts en réparation du préjudice effectivement subi peuvent être fixés, à condition que soient pris en considération : « *1° 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 ; 2° le préjudice moral causé à la partie lésée ; 3° 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* ». L'article précise ensuite que la juridiction peut 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.

Encore une fois, les règles ici posées sont identiques à celles qui régissent la contrefaçon, dès lors que la rédaction du nouvel article L. 152-6 (N° Lexbase : L5724LLL) reprend parfaitement celle de l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle (N° Lexbase : L7020IZZ).

Des mesures de publicité de la décision peuvent être prescrites et une amende civile peut également être infligée au demandeur de l'action qui aurait agi de manière dilatoire ou abusive.

Enfin, l'article L. 153-1 (N° Lexbase : L5727LLP) a prévu l'hypothèse où, dans le cadre d'une action *in futurum*, la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou par un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires est sollicitée.

Le juge peut alors, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, (i) 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 afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection ou (ii) décider de limiter la production ou la communication de cette pièce à certains de ses éléments voire en restreindre l'accès.

[1] S. Schiller, *La protection du secret des affaires faire son entrée dans le Code de commerce*, JCP éd. G, n° 36, 3 septembre 2018, 88.

[2] CE, 15 mars 2018, avis n° 394 422, sur la proposition de loi portant transmission de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre

l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[3] La pétition Stop secret des affaires lancée en 2016 a été signée par plus de 500 000 personnes.

[4] Aux termes de l'article 6 de la loi «Sapin 2», « *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* ».

[5] Cons. const., décision n° 2018-768 DC, du 26 juillet 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires (N° Lexbase : [A6262XYL](#)) ; V. Téchené, Lexbase, éd. aff., 2018, n° 563 (N° Lexbase : [N5236BXg](#)).