

LOI SUR LE SECRET DES AFFAIRES : QUEL IMPACT SUR LE DROIT DES SOCIÉTÉS ?



par
My-Kim YANG PAYA,
Avocate Associée



et
Manon BOINET,
Avocate

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et son décret d'application n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatifs à la protection du secret des affaires intervient dans le cadre de la transposition obligatoire par les Etats membres de l'Union Européenne de la directive (UE) 2016/943 du parlement européen et du conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret des affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites¹.

L'enjeu de cette directive est de protéger les entreprises contre le vol de leurs secrets industriels, ou leur divulgation à des concurrents ou au grand public, en permettant aux entreprises victimes d'une violation du secret des affaires d'obtenir les mesures nécessaires à la cessation des actes de violation et la réparation de leur préjudice.

Cette directive et sa loi de transposition française ont été adoptées afin d'assurer aux entreprises françaises et européennes la défense de leur patrimoine immatériel et a fortiori leur compétitivité à l'échelle mondiale dans un contexte économique hyper-connecté favorisant notamment les fuites d'information, l'espionnage industriel ou encore la cybercriminalité.

Les règles pénales et de propriété intellectuelle ne permettant pas de protéger efficacement ce secret des affaires, un régime spécifique de protection est devenu nécessaire pour préserver l'innovation et les informations stratégiques.

Critiqué par certains y voyant un activisme des lobbyistes afin de mettre en place une loi permettant de parer à de nouveaux scandales tels que « luxleaks » ou les « panamas papers », le législateur s'est efforcé de prévenir et punir les menaces pensant sur les entreprises tout en respectant l'équilibre entre les intérêts publics et privés.

Le nouveau cadre juridique de la protection du secret des affaires

La nouvelle loi crée ainsi un cadre légal au secret des affaires à l'instar de la réglementation française sur le secret professionnel, le secret d'Etat ou le secret défense.

Ainsi, la loi du 30 juillet 2018 modifie notamment le code de commerce en ajoutant au livre Ier, un titre V relatif à la protection du secret des affaires.

Son nouvel article L.151-1 y définit de façon large l'information protégée comme celle qui « 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; Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 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 loi rend illégale l'obtention, la divulgation et l'utilisation d'une information qui répond à ces trois conditions par une personne qui n'en ait pas le détenteur légitime².

L'obtention d'un secret est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte 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, de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale³.

La loi prévoit également que 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 à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation⁴.

Le secret des affaires permettra désormais à toute entreprise victime d'une violation répondant à ces critères de saisir en cas d'urgence la juridiction sur requête ou en référé, afin qu'elle ordonne des mesures provisoires et conservatoires.

1. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2016/943, 8 juin 2016 : JOUE n° L 157, 15 juin 2016, p. 1 ; JCP E 2016, act. 550).

2. Article L.151-2 du code de commerce » Est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite ».

3. Article L.151-4 du code de commerce.

4. Article L.151-5 al 1 du code de commerce.

Dans les autres cas, la juridiction saisie pourra 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 atteinte⁵ et si elle l'estime nécessaire ordonner la publication de la condamnation prononcée.

Pour éviter tout abus de la part des entreprises, il est prévu qu'elles pourront être condamnées au paiement d'une amende civile en raison du caractère abusif ou dilatoire de la procédure engagée⁶.

Les règles procédurales au sein ce régime de protection innovent en ce qu'au stade de la discussion des parties sur l'opportunité de mettre en place des mesures conservatoire le juge pourra prendre seul et hors du prétoire connaissance des pièces qui lui seront soumises afin de préserver le secret des affaires. Ensuite, le juge pourra prendre plusieurs décisions en vue de conserver le secret au cours de la procédure au fond. Il pourra ainsi aménager la communication contradictoire des documents entre les parties, organiser les débats et le prononcé de la décision en chambre du conseil et adapter la motivation de la décision ainsi que ses modalités de publication aux nécessités que requiert le secret⁷.

Enfin afin de préserver un équilibre entre les intérêts privés des entreprises et l'exercice des libertés fondamentales par les citoyens et les intérêts publics, la loi mets prévoit des dérogations. Ainsi la protection du secret des affaires ne pourra être invoqué lorsque, à des fins d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités judiciaires ou administratives la loi en exige la production. Il en est de même, à l'encontre des journaliste d'investigations, des lanceurs d'alertes de bonne foi ayant pour but de protéger l'intérêt général, en dénonçant une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, s'il s'agit de faire cesser ou empêcher toute menace ou atteintes à un intérêt légitime reconnu ou encore lorsque le secret a été obtenu dans le cadre du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants lorsque cette divulgation est nécessaire à cet exercice⁸.

L'impact de la protection du secret des affaires pour les entreprises

Avant l'adoption de cette loi, pour se prémunir face au risque de divulgation d'un secret, les entreprises prenaient le soin d'insérer, dans les contrats les liants non seulement à leurs employés mais également à tous leurs partenaires, des clauses de confidentialité. La sanction d'un manquement à une telle clause était l'engagement de responsabilité contractuelle du contrevenant.

Néanmoins, les clauses de confidentialité comme celles de non-concurrence ne pouvaient être perpétuelle. La précaution emportait d'insérer également une clause prévoyant les

modes de restitution des informations et la nécessité d'une attestation que la personne ou l'entreprise ne se trouvait plus en possession d'informations ou de tous éléments couverts par le secret.

Le secret n'était pas le principe et seul un aménagement contractuel permettait d'obtenir réparation d'une violation du secret des affaires.

La nouvelle loi dispose dorénavant que la confidentialité issue de ce secret perdure sans limite de temps et ne cesse que si les informations en cause ont entre temps cessé de constituer un secret ou sont devenues aisément accessibles⁹.

Pour pouvoir bénéficier de cette confidentialité légale, l'entreprise doit toutefois répondre à une exigence posée par la loi ; elle devra avoir mis en place des « mesures de protection raisonnable » comme notamment des outils destinés à sécuriser le secret des affaires.

Au regard de cette exigence, le droit des contrats trouve ici sa pleine application puisqu'il sera, à cet égard conseillé de continuer d'insérer dans les contrats de travail des clauses de confidentialité et éventuellement des clauses de non-concurrence. Afin de protéger au maximum le secret des affaires, il sera pareillement conseillé de faire signer aux actionnaires un accord de confidentialité.

Il conviendra également de travailler avec l'ensemble des partenaires (interne ou externe) de l'entreprise à la procédure couverte par le secret dans un cadre contractuel préétabli prévoyant notamment des clauses de confidentialité pour interdire la divulgation et l'usage non autorisé d'informations confidentielles communiquées à l'occasion d'une négociation ou d'un contrat, des clauses de non concurrence, des clauses dans les contrats de licence imposant au licencié de mettre en œuvre tous les moyens matériels de protection du secret et également des clauses d'audit visant à assurer une transparence optimale entre les parties au contrat dans les situations où des informations essentielles seraient détenues par une seule d'entre elles. Ainsi, deux conséquences peuvent être tirées de l'instauration de ce régime légal de protection du secret des affaires au regard du droit des contrats.

Tout d'abord, au regard de l'obligation de mettre en place des mesures raisonnables de protection pour l'entreprise et de la caractérisation d'une divulgation illicite en cas de violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret. Le droit des

5. Article L.152-2 du code de commerce.

6. Article L.152-8 du code de commerce.

7. Articles L.153-1 et L.153-2 du code de commerce.

8. Article L.151-8 et L.151-9 du code de commerce.

9. Article L.153-2 alinéa 5.

contrats permettra aux entreprises de se préconstituer un moyen de preuve de la divulgation illicite dès lors que leur auteur était lié avec elles par une clause contractuelle de confidentialité.

Ensuite, la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires renforcera la force des conventions. En effet, en cas de violation elles étaient déjà couvertes par une action en responsabilité de droit commun, mais ces actions ne bénéficiaient d'aucune règle de procédure dérogatoire afin de préserver ledit secret. Désormais, les conventions bénéficieront du régime spécial instauré par la loi du 30 juillet 2018 lors de l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires réalisée en violation d'une obligation de ne pas divulguer.

Les sanctions de la violation du secret des affaires

Le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 introduit, notamment, un nouveau titre V au sein du Code de Commerce (C.com) consacré à la protection du secret des affaires dont la principale vocation est de prévoir des dispositions d'ordre procédurales encadrant la mise en œuvre de cette protection du secret des affaires qui devient désormais autonome et généralisée à tout procès.

L'article R. 152-1, introduit au sein du C.Com, prévoit ainsi que le détenteur d'un secret d'affaire protégeable peut solliciter par voie de requête ou en référé l'interdiction de la réalisation, de la poursuite, de l'utilisation ou de la divulgation des actes prétendument illicites.

Le juge peut, s'il fait droit à une telle demande et s'il l'estime opportun assortir sa décision d'une garantie assurant l'indemnisation de l'éventuel préjudice subi par le défendeur ou un tiers si cette procédure était ultérieurement jugée non fondée ou s'il était mis fin à ces mesures provisoires ou conservatoires (Article R. 152-1, III du C.Com).

Parallèlement, le juge peut autoriser le défendeur à poursuivre les actes reprochés moyennant également la constitution d'une garantie visant à assurer l'indemnisation du détenteur du secret (Article R. 152-1, II, al. 1^{er} du Code de Commerce).

A l'instar des exigences procédurales édictées en matière de propriété intellectuelle, notamment concernant les saisies contrefaçon, la validité des mesures provisoires est subordonnée à l'introduction d'une action au fond par le détenteur dans un délai de vingt jours ouvrables ou de trente et un jours civils si ce dernier délai est plus long (article R. 152-1 V du Code de Commerce).

La conséquence du non-respect de cette exigence de délais diffère de celle prévue pour la saisie-contrefaçon, puisque la mesure provisoire sera alors automatiquement déclarée

caduque par le Juge alors qu'une saisie contrefaçon n'est annulée qu'à la demande du saisi ou d'un tiers.

Lorsqu'il est saisi sur requête (que ce soit in futurum en vertu de l'article 145 du Code de procédure civile ou à l'occasion d'une saisie contrefaçon fondée sur le Code la Propriété intellectuelle) le juge peut désormais, en vertu de l'article R153-1 du C.Com ordonner d'office la mise sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires. Cette mesure permet de protéger la partie qui voit ses documents saisis et en assure la confidentialité au moins provisoirement, tout en facilitant leur obtention par le requérant si aucun recours n'est formé dans le délai d'un mois.

Toutefois, s'il n'est pas saisi dans le délai d'un mois, à compter de la signification de sa décision, d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance, la mesure de séquestre est levée et les pièces pourront être transmises au requérant.

Le juge peut ainsi autoriser le détenteur, qui invoque la protection du secret des affaires pour une pièce dont la communication ou la production est demandée, à verser aux débats une version confidentielle de ladite pièce en plus d'une version non confidentielle ou de son résumé, et d'un mémoire explicatif détaillant les motifs de son caractère secret. Le juge statuera, sans audience, sur la communication ou la production de la pièce et ses modalités. (Article R. 153-3 et R.153-4 du C.com).

Toutefois, le juge peut également ordonner ou refuser la communication ou la production de la pièce dans sa version intégrale en fonction de son caractère essentiel ou non à la solution du litige (Article R. 153-5 et R.153-6 du C.Com).

En outre, l'article R.153-10 du C.Com fixe les modalités de diffusion d'un jugement contenant des informations couvertes par le secret des affaires.

Ainsi, à la demande d'une partie le juge peut décider qu'il sera remis un extrait de la décision ne comportant que son dispositif revêtu de la formule exécutoire, pour les besoins de son exécution forcée. Il pourra également décider qu'une version non confidentielle dans laquelle sont occultées les informations couvertes par le secret des affaires sera mise à disposition des tiers non tenus à l'obligation de confidentialité.

L'instauration de cette législation incitera-elle les entreprises à se tourner vers les juridictions de droits communs alors qu'elles se tournaient plus volontiers vers des procédures d'arbitrage qui leur permettaient de préserver le secret des affaires en cas de litige ?

A suivre...