



Février 2019

Protection du secret des affaires : les points clés du décret

Le décret n°2018-1126 relatif à la protection du secret des affaires a été adopté le 11 décembre 2018 ; il est entré en vigueur le 14 décembre 2018. En introduisant diverses dispositions au sein du Code de commerce, le décret apporte des précisions sur :

- Le contenu et le régime juridique des mesures provisoires et conservatoires que le juge peut prononcer sur requête ou en référé aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte à un secret des affaires ;
- Les règles procédurales applicables lorsque le juge statue sur une demande de protection du secret des affaires à l'occasion de la communication ou de la production d'une pièce et lorsqu'il décide, aux mêmes fins de protection de ce secret, d'adapter la motivation de sa décision ou les modalités de sa publication.

1. L'entrée du secret des affaires dans le panorama juridique

La directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil a été adoptée sur un double constat :

1) Le régime de propriété intellectuelle existant protège de façon imparfaite l'innovation et le secret des entreprises. La contrepartie du monopole conféré par la propriété intellectuelle est la divulgation. Or les entreprises préfèrent parfois garder secret leur savoir-faire, ce qui n'empêche pas celui-ci d'être un actif important.

2) Le législateur européen a constaté des écarts importants entre les Etats membres s'agissant de la protection par le droit commun des secrets des affaires.

C'est donc un objectif d'harmonisation et de protection des actifs qui a guidé l'adoption de la directive le 8 juin 2016. L'article 2 de la directive définit trois critères pour bénéficier de la protection du secret des affaires. Ce triple test est repris par la loi n°2018-670 de transposition du 30 juillet 2018 validée par la décision du Conseil constitutionnel n°2018-768 du 26 juillet 2018 :

- Les informations doivent être secrètes en ce sens qu'elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
- Les informations doivent avoir une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;
- Les informations doivent faire l'objet de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes.

La loi reprend par ailleurs l'essentiel des dispositions de la directive en prévoyant notamment une protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires ainsi que des mesures provisoires et conservatoires. C'est dans ce cadre précis que le décret n°2018-1126 relatif à la protection du secret des affaires a été adopté.

2. Les nouveautés procédurales issues du décret

2.1. Les mesures provisoires et conservatoires alignées sur le droit de la propriété intellectuelle

Le décret introduit différentes dispositions au sein du Code de commerce visant à préciser les mesures provisoires et conservatoires que le juge peut ordonner pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires.

La juridiction saisie peut ainsi :

- 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 soupçonnés de résulter d'une atteinte significative à un secret des affaires, ou d'importation, d'exportation ou de stockage de tels produits à ces fins.

Nouveauté par rapport à la loi, le décret prévoit que le juge peut ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tels produits, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché. Autre innovation, le décret prévoit que le juge peut ordonner la constitution de garanties :

- Par le défendeur, à la place des mesures d'interdiction susmentionnées, afin d'assurer l'indemnisation ultérieure éventuelle du demandeur ;
- Par le demandeur, lorsque les mesures d'interdiction susmentionnées sont accordées, afin d'assurer l'indemnisation du défendeur dans l'hypothèse où l'action serait ultérieurement reconnue comme infondée ou s'il est mis fin auxdites mesures.

Enfin, le décret prévoit qu'à défaut d'action au fond dans un délai de 20 jours ouvrables (ou 31 jours civils si ce délai est plus long), les mesures d'interdiction deviennent caduques.

L'ensemble de ces mesures apparaît fortement inspiré des textes régissant les mesures provisoires et conservatoires en matière de propriété industrielle. Cette analyse est d'ailleurs cohérente avec le constat selon lequel, dans son volet indemnitaire, le régime des secrets d'affaires est également issu du régime spécifique de la propriété industrielle. Seules les mesures probatoires échappent à cette logique.

2.2. Les mesures probatoires soumises à un régime *ad hoc*

Le décret prévoit que lorsqu'il est saisi sur requête avant tout procès afin de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, le juge peut ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces afin d'assurer la protection du secret des affaires. Ce faisant, le décret codifie une pratique bien établie qui consiste à préconstituer, par exemple au moyen d'un constat d'huissier, la preuve de l'antériorité du savoir-faire.

Le décret précise par ailleurs la procédure applicable aux demandes de communication ou de production de pièces. Lorsque le juge décide de restreindre l'accès d'une pièce qui pourrait porter atteinte à un secret des affaires à certaines personnes, il peut également décider que ces personnes ne peuvent en faire de copie ou de reproduction, sauf accord du détenteur de la pièce. Dans ce cas, le décret impose à la personne qui invoque la protection du secret des affaires qu'elle remette au juge une version confidentielle intégrale de la pièce, une version non confidentielle ou un résumé, ainsi qu'un mémoire qui doit préciser les motifs qui confèrent à la pièce un caractère de secret d'affaires.

Lorsque la communication ou production de la pièce s'avère nécessaire à la solution du litige, et alors même qu'elle est susceptible de porter atteinte à un secret d'affaires, le juge peut l'ordonner. Le juge limitera alors l'accès à la pièce à certaines personnes. Le juge peut néanmoins ordonner la production d'une version confidentielle ou sous forme d'un résumé d'une pièce dont seuls certains éléments sont de nature à porter atteinte à un secret d'affaires.

Ces mesures sont originales car elles portent atteinte au principe du contradictoire. Elles se veulent pragmatiques car elles permettent d'éviter une double peine au demandeur tenant à prouver la violation du secret des affaires en dévoilant des informations confidentielles. On retrouve ici une codification du « club de confidentialité » déjà en pratique dans certaines juridictions, pratique néanmoins parfois censurée par les juridictions supérieures.

La décision statuant sur la demande de communication ou de production de la pièce est rendue sans audience. Lorsqu'elle intervient avant tout procès au fond, cette décision est susceptible de recours. L'appel est suspensif lorsque la décision fait droit à la demande de communication ou de production ; l'exécution provisoire ne peut être ordonnée.

Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une instance au fond, la décision rejetant la demande de communication ou de production de pièces n'est susceptible de recours qu'avec la décision au fond. La décision faisant droit à cette demande peut être frappée d'appel indépendamment de la décision au fond dans un délai de quinze jours à compter de la signification de l'ordonnance du juge de la mise en état ou de la date de l'ordonnance du juge chargé d'instruire l'affaire. L'appel est formé, instruit et jugé selon les règles applicables à la procédure avec représentation obligatoire, et dans un bref délai.

Par ailleurs, lorsqu'elle est rendue par le conseiller de la mise en état, la décision faisant droit à la demande de communication ou de production de la pièce peut être déférée par requête à la Cour dans les quinze jours de sa date. Une fois encore, l'exécution provisoire de la décision ne peut pas être ordonnée.

2.3. Le jugement

Le décret ajoute aussi des dispositions sur la confidentialité du jugement afin de protéger le secret des affaires à l'issue de la procédure. Il prévoit ainsi qu'à la demande d'une partie, un extrait de la décision ne comportant que son dispositif, revêtu de la formule exécutoire, peut lui être remis pour les besoins de son exécution forcée. Une version non confidentielle de la décision, dans laquelle les informations couvertes par le secret des affaires sont occultées, peut être remise aux tiers et mise à la disposition du public.

Le décret d'application complète donc le dispositif de protection du secret des affaires en droit français. Il permet d'apporter une sécurité juridique en codifiant les pratiques de certaines juridictions. Il est néanmoins regrettable que les mesures probatoires exorbitantes de la propriété intellectuelle n'aient pas été reprises au sein du dispositif, alors même que les mesures provisoires et conservatoires, de même que l'indemnisation du préjudice, sont fortement inspirées de celle de la propriété intellectuelle. Il reste désormais aux praticiens à tester ces nouvelles règles, et aux juridictions de fixer la jurisprudence sur les cas concrets qui vont commencer à se développer.

Benjamin May
Associé, Aramis

Marguerite Higgons
Avocate, Aramis