

Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires (J.O. du 31.07)

A RETENIR

- L'information qui répond aux 3 critères suivants est protégée au titre du secret des affaires :
 - ▶ information connue par un nombre restreint de personnes ;
 - ▶ information qui a une valeur commerciale en raison de son caractère secret ;
 - ▶ information qui fait l'objet de mesures particulières de protection de la part de son détenteur.
- Des dérogations sont prévues, notamment à l'égard des lanceurs d'alerte et des représentants du personnel
- La loi définit l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites du secret des affaires
- La responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte au secret des affaires peut être engagée par une action en justice dans les 5 ans à compter de la date des faits
- La loi précise les mesures (préventives, d'urgence, indemnitaires, publicitaires ou bien à titre de réparation par l'octroi de dommages et intérêts) susceptibles d'être décidées par un juge en vue de prévenir ou de faire cesser le préjudice résultant d'une atteinte au secret des affaires.

Définition de l'information protégée par le secret des affaires

Aux termes de l'article L. 151-1 du code du Commerce, toute information suivante est protégée au titre du secret des affaires :

- 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 ;
- 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.

Est alors **détenteur légitime d'un secret des affaires** celui qui en a le contrôle de façon licite.

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.

Obtention, utilisation et divulgation illicites d'un secret des affaires

En revanche, l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte :

- D'un accès non autorisé à tout support (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 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 susmentionnées ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation.

La loi ajoute 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 au sens des dispositions précitées.

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.

Les exceptions à la protection du secret des affaires

Le secret des affaires n'est 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. A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le **secret n'est pas non plus opposable** lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :

- 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 ;
- Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du [droit d'alerte résultant de la loi dite Sapin II](#) ;
- Pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

En matière sociale¹, à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable si :

- L'obtention du secret des affaires est intervenue 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 des affaires 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* » précise la loi. L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance.

Les actions possibles en cas d'atteinte au secret des affaires...

Toute atteinte au secret des affaires engage la responsabilité civile de son auteur. Les actions relatives à une telle atteinte sont prescrites par 5 ans à compter des faits qui en sont la cause.

... et les mesures prévues pour prévenir et faire cesser cette atteinte

Les juges peuvent, 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, notamment :

- En interdisant soit la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires, soit 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 fins² ;

¹ Les membres du CSE sont déjà tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. Ces membres ainsi que les représentants syndicaux sont également tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur.

² Lorsque la juridiction limite la durée de ces mesures, la durée fixée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires. Lorsque le versement d'une indemnité est ordonné en lieu et place de ces mesures, cette indemnité ne peut être fixée à une somme supérieure au montant des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret des affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret des affaires aurait pu être interdite.

- En ordonnant 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, en ordonnant leur remise totale ou partielle au demandeur.
- En ordonnant 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.

Sans préjudice des dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi par cette atteinte, la juridiction compétente peut ordonner, à la demande de l'auteur de l'atteinte, le versement d'une **indemnité** à la partie lésée au lieu des mesures susmentionnées lorsque sont réunies les conditions suivantes :

- Au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ;
- L'exécution de ces mesures causerait à cet auteur un dommage disproportionné ;
- Le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

La loi précise que sauf circonstances particulières et sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être réclamés, ces mesures sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte.

Il peut être mis fin à ces mesures, à la demande de l'auteur de l'atteinte, lorsque les informations concernées ne peuvent plus être qualifiées de secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 du code de Commerce précité pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui.

Afin de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, les juges sont autorisés, sur requête ou en référé, à ordonner des mesures provisoires et conservatoires dont les modalités seront déterminées par décret à paraître.

Réparation d'une atteinte au secret des affaires selon le préjudice subi ou de manière forfaitaire

Pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, les juges prennent 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 toutefois pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.

Mesures de publicité de la décision de justice

Les juges peuvent ordonner toute mesure de publicité de la décision relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise. Le cas échéant, la juridiction doit alors veiller à protéger le secret des affaires. Les mesures sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte précise la loi.

Sanctions en cas de procédure dilatoire ou abusive

En cas d'action dilatoire ou abusive relative à l'atteinte au secret des affaires, le demandeur peut être condamné au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €. Cette amende peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive.

Utilisation d'un secret des affaires à l'occasion d'un litige civil ou commercial

Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une **mesure d'instruction** sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce susceptible de porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :

- Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection ;
- Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;
- Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil, hors public ;
- Adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une **obligation de confidentialité** lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient. Dans le cas d'une personne morale, cette obligation s'applique à ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction. Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation de confidentialité ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure. Sauf exception, les personnes habilitées à assister ou représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci. Cette obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles.