LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

DOSSIER
Reporting extra-financier et secret des affaires : regards croisés

Emmanuel DAOUD, Alizée DILL, César GHRENASSIA, Emmanuel MERCINIER, Juliette NEIMAN et Agathe QUINIO

- De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises
  Franck MARMOZ
- Les saisies pénales spéciales : entre efficacité revendiquée et respect des droits des créanciers
  Gérard LEGRAND et Aude MANTEROLA
- La non-sollicitation de personnel en droit des affaires : pour une préservation des savoir-faire de l'entreprise
  Jean-Jacques TATOUX

147 | MENSUEL
AVRIL 2019

Wolters Kluwer

RLDA 6701

Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires : un apport utile mais insuffisant

Emmanuel DAOUD
Avocat associé VIGO - Cabinet d'avocats au barreau de Paris. Membre du réseau international d'avocats GESICA

Emmanuel MERCINIER
Avocat associé VIGO - Cabinet d'avocats au barreau de Paris. Membre du réseau international d'avocats GESICA

Juliette NEIMAN
Avocate VIGO - Cabinet d'avocats au barreau de Paris. Membre du réseau international d'avocats GESICA

La loi du 30 juillet 2018 introduit un dispositif de protection du secret d'affaires dont le caractère est uniquement civil. Il est notable qu'une infraction pénale spécifique à la violation du secret d'affaires a été écartée dans la mesure où de nombreux agissements sortent du champ d'application des infractions existantes.

La transposition de la directive européenne n° 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 par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 (ci-après, la « directive »), complétée par son décret d'application, n° 2018-1126, du 11 décembre 2018, vient doter la France d'un régime général de protection du secret des affaires.

Dans le contexte actuel de compétition économique internationale intensive, d'économie d'innovation et de dématérialisation, la protection du patrimoine économique, technologique et informationnel des entreprises représente un enjeu de grande importance, tant au niveau français qu'européen. Les savoir-faire et informations commerciales dont les entreprises entendent préserver la confidentialité, appelés « secret d'affaires », constituent pour ces dernières un outil de compétitivité.

Compte tenu de la fragmentation du marché intérieur en matière de protection juridique des secrets d'affaires et afin de lutter contre l'espionnage économique, le pillage industriel et la concurrence déloyale, l'Union européenne a entrepris l'instauration de règles visant à rapprocher les droits des États membres « *de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires* »[1].

La directive a été transposée *a minima* en droit français alors que celle-ci prévoyait que le droit interne pouvait transposer ses dispositions de façon plus large, le nouveau dispositif se limite à une transposition fidèle au texte européen. Ainsi, la directive n'imposant qu'une obligation de réparation civile en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires, la nouvelle loi ne prévoit pas de sanction pénale.

Certes, le dispositif pénal qui préexistait à la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 était insuffisant pour assurer la protection des secrets d'affaires dans la mesure où de nombreux agissements sortent du champ d'application des infractions existantes (I). Mais le caractère civil du dispositif de protection du secret d'affaires consacré par la loi du 30 juillet 2018 (II), fait que celui-ci ne peut se substituer à l'arsenal pénal qui demeure, par nature, d'une efficacité sans égale (III).

I. – Les insuffisances du dispositif pénal existant en matière de protection des secrets d'affaires

Fort utilement, la transposition de la directive en droit français permet de prévenir ou sanctionner certains types d'atteintes aux informations confidentielles qui échappaient au champ d'application du droit pénal commun (A) ou du droit de la propriété industrielle (B).

Avant la consécration par la loi du 30 juillet 2018 d'une définition du secret des affaires et d'un régime de protection général et transversal, il n'existait en droit français que des dispositions éparses pour protéger

(1) Dir. n°2016/943, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

les informations confidentielles des entreprises, sans que celles-ci ne forment un ensemble suffisant, structuré et cohérent.

Le Conseil d'État a ainsi souligné que la protection qui était offerte au secret des affaires « *relève de l'application jurisprudentielle des règles de droit commun de la responsabilité civile ou de certaines infractions pénales qui ne permettent d'appréhender qu'imparfaitement les atteintes portées au secret des affaires* »[2]. Autrement dit, le droit positif ne permettait de répondre qu'imparfaitement aux légitimes attentes, et même aux besoins, des acteurs économiques.

A. – La protection du secret d'affaires par le droit pénal commun

De nombreuses dispositions du code pénal sont susceptibles de prévenir et sanctionner des atteintes au secret des affaires.

En premier lieu, l'article L. 311-1 du code pénal dispose que « *le vol est la soustraction de la chose d'autrui* ». Si la Cour de cassation admet depuis longtemps ce que certains qualifient de « *vol d'information* », c'est toutefois dans l'hypothèse où l'information est contenue sur un support, fût-il immatériel, qui fait l'objet d'une appropriation frauduleuse, le temps nécessaire à la duplication de l'information : dès 1979, est retenu le vol à propos d'un salarié ayant photocopié des documents avant de les restituer[3] ; dix ans plus tard à propos d'un salarié ayant soustrait « *le contenu informationnel* » de disquettes informatiques mais non celles-ci[4] ; plus récemment la Cour de cassation a jugé que « *le téléchargement, effectué sans le consentement de leur propriétaire, de données que le prévenu savait protégées, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol* »[5]. La chose immatérielle soustraite ne l'est pas tout à fait : l'information est matérialisée sur un support – fût-ce un fichier informatique, c'est-à-dire une succession de zéro et de un –, lequel fait l'objet d'une appropriation, puis est restitué, tandis que l'information est conservée. Aussi, le vol n'est pas constitué à défaut d'appropriation temporaire du support de l'information, par exemple si l'information est appréhendée oralement ou visuellement sans le truchement d'un support.

En second lieu, l'abus de confiance est défini par l'article L. 314-1 du code pénal comme le fait de détourner un bien quelconque remis à charge de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage déterminé. La Cour de cassation considère que ce délit s'applique à un bien quelconque et non seulement à un bien corporel ; une information est susceptible d'être l'objet du délit d'abus de confiance ; ainsi, le détournement du numéro de carte de crédit communiqué par un client pour un paiement autre que celui pour lequel il a été utilisé[6], est susceptible de caractériser un abus de confiance ; de la même façon, il est jugé que « *les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné* » au sens de l'abus de confiance[7]. Toutefois, la constitution de ce délit suppose une remise volontaire de l'objet, laquelle matérialise la confiance abusée. Aussi, le secret des affaires ne saurait être protégé au titre de l'abus de confiance dans l'hypothèse où l'individu a lui-même découvert des informations confidentielles.

En troisième lieu, le recel, défini à l'article L. 321-1 du code pénal, peut certes permettre de sanctionner la détention illicite d'informations confidentielles d'une entreprise, mais en l'absence d'une jurisprudence claire et constante, la doctrine est très divisée quant à la possibilité d'inclure dans le champ d'application du délit une information seule, indépendamment du support de celle-ci : « *des auteurs avancent que le recel pouvant concerner n'importe quel crime ou délit, il n'y a aucune difficulté à admettre qu'un bien corporel puisse en être l'objet* (...). *D'autres au contraire, rappellent que l'alinéa 1er de l'article L. 321-1 sanctionne le recel d'une "chose", celle-ci s'entendant traditionnellement de la seule chose matérielle contrairement au bien qui peut être matériel ou immatériel* »[8]. En toute hypothèse, le recel implique la commission d'une infraction d'origine et l'on retombe dès lors sur les difficultés propres à celle-ci (vol, abus de confiance, etc) lorsque les modalités de l'atteinte au secret recelé ne caractérisent pas les éléments constitutifs d'un délit.

En quatrième lieu, l'intrusion dans les systèmes de traitement automatisé de données, l'entrave au fonctionnement des systèmes informatiques, l'extraction, la détention, la reproduction et la transmission de données est réprimée au titre des articles L. 323-1 et suivants du code pénal. Le domaine d'application de ces infractions est néanmoins limité puisqu'il suppose que la fraude intervienne *via* un système de traitement automatisé des données.

En cinquième lieu, le délit d'atteinte au secret professionnel, prévu au titre de l'article L. 226-13 du code pénal, s'applique uniquement aux professions soumises à cette obligation par un texte spécifique, ainsi que certains professionnels détenteurs de secrets confiés par des particuliers. Ce texte n'a dès lors pas vocation à s'appliquer, par exemple, aux salariés de l'entreprise ou aux tiers ayant eu connaissance de secrets d'affaires autrement que dans le

(2) CE, avis, 15 mai 2018, sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(3) Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, Bull. crim., n° 13.

(4) Cass. crim., 1er mars 1989, n° 88-82.815, Bull. crim., n° 100.

(5) Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, Bull. crim., n° 119.

(6) Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, Bull. crim., n° 338.

(7) Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866, Bull. crim., n° 233.

(8) J.-Cl., fasc. 10, Recel, C. pén., art. 321-1 à 321-5.

cadre de l'exercice d'une profession soumise à une réglementation édictant un secret professionnel.

Ainsi, il apparaît que ces infractions éparses ne permettent de prévenir ou de sanctionner que certaines formes d'atteintes au secret de l'entreprise, et du reste parfois au prix d'une torsion des textes, par nature susceptibles d'applications différentes selon les juridictions. Pour ne prendre qu'un exemple, l'hypothèse d'un tiers révélant au préjudice de l'entreprise un secret d'affaires dont il a eu connaissance d'une façon non frauduleuse mais indépendante de la volonté de cette dernière, paraît échapper au champ d'application du droit pénal.

B. – La protection du secret d'affaires par le droit de la propriété intellectuelle

Différentes dispositions du code de la propriété intellectuelle permettent de sanctionner la violation de droits de propriété industrielle.

Les articles L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle et L. 1227-1 du code du travail sanctionnent le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication. Ces articles sont cependant restrictifs quant à la nature des informations protégées, qui ne couvrent ni les renseignements stratégiques, ni les procédés commerciaux. Par ailleurs, la responsabilité des tiers à l'entreprise ne peut être recherchée sur le fondement de ces dispositions.

En ce qui concerne les dessins, modèles ou brevets, les articles L. 521-10 et L. 615-12 du code de la propriété intellectuelle prévoient que toute atteinte portée aux droits du propriétaire de dessins, modèles ou brevets, tels que définis par les textes, constitue un délit.

Si l'action en contrefaçon est efficace pour assurer la protection des brevets, marques, dessins et modèles faisant l'objet d'une protection juridique par un droit exclusif de propriété prévu par le code de la propriété intellectuelle, son domaine d'application est toutefois limité. En effet, toutes les innovations et informations d'une entreprise ne peuvent pas faire l'objet du dépôt d'un brevet, et notamment pendant la phase développement. En outre, le dépôt d'un brevet ou d'une marque nécessitera parfois la publicité de l'information même dont l'entreprise souhaite conserver la confidentialité.

Par ailleurs, de nombreux actifs de l'entreprise ne peuvent être couverts par le droit de la propriété intellectuelle, notamment les savoir-faire et informations commerciales : techniques commerciales, méthodes, plans d'affaires, etc. La protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle à ces actifs concerne uniquement leur support, à l'exclusion du contenu même de ces outils, méthodes ou plans.

Enfin, le droit de la propriété intellectuelle repose sur la notion d'un droit exclusif des informations protégées, ce qui n'est pas le cas du secret d'affaires ; le considérant 16 de la directive indique à ce titre : « *dans l'intérêt de l'innovation et en vue de favoriser la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets des affaires. La découverte indépendante des mêmes savoir-faire ou informations devrait donc rester possible* ». Ce droit est donc insusceptible de protéger les secrets d'affaires ne relevant pas d'un droit exclusif.

En définitive, ni le droit pénal commun ni le droit pénal de la propriété intellectuelle ne permettaient, on le voit, de prévenir ou sanctionner toutes les formes d'atteintes au secrets d'affaires. Le dispositif civil de protection du secret d'affaires consacré par la loi du 30 juillet 2018 est, on va le voir, de nature à couvrir toutes ces formes d'atteintes.

II. – Le dispositif nouveau de protection du secret d'affaires en droit français

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 portant transposition de la directive crée un nouveau titre V « *De la protection du secret des affaires* » au sein du livre 1er du code de commerce, composé de trois chapitres. Y est consacrée la définition du secret des affaires (A) et les conditions dans lesquelles celui-ci peut être protégé (B).

A. – La définition du secret des affaires

L'article L. 151-1 du code de commerce dispose que toute information est protégée au titre du secret des affaires, si elle répond aux critères cumulatifs 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.

Ainsi, la définition retenue par la loi française est fidèle à celle donnée par l'article 2 (1) de la directive. Quant à la nature des informations protégées, la conception du secret des affaires, telle qu'entendue au titre de la directive et de la loi de transposition française couvre « *l'ensemble de la chaîne de valeur - les procédés de fabrication, les savoir-faire, les données commerciales stratégiques* »[9].

(9) AN, commission des affaires économiques, avis n° 775, 21 mars 2018, sur la proposition de loi portant transposition de la directive n° 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.

S'agissant de la notion de valeur commerciale, la directive précise qu'une information doit être considérée « *comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle* ».

Au reste, le secret des affaires ne saurait être invoqué que s'il a fait l'objet de mesures de protection raisonnables. L'entreprise devra ainsi apporter la preuve des diligences mises en place pour protéger l'information : clauses contractuelles, mentions de confidentialité, mot de passe, etc.

B. – Le contenu de la protection du secret des affaires

Les articles L. 151-2 à L. 151-6 du code de commerce précisent les cas dans lesquels l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets doit être considérée comme licite ou illicite.

Le détenteur légitime du secret est « *celui qui en a le contrôle de façon licite* ». Le mode d'obtention d'un secret d'affaires est licite dès lors qu'il procède d'une découverte ou d'une création indépendante. En outre, l'entreprise qui trouve un secret après observation étude, démontage ou 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, peut exploiter ce secret. Par opposition, l'obtention du secret d'affaires est illicite en cas d' « *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* » ou « *de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* » (article L. 151-4). L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est encore illicite lorsque l'information a été obtenue de manière illicite ou que la personne agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation. Enfin, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation est illicite si son détenteur savait ou aurait dû savoir que le secret avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite (article L. 151-6).

Conformément à la directive, les articles L. 151-7 et suivants du code de commerce prévoient un certain nombre de dérogations à la protection des affaires, au nombre desquelles la liberté d'expression et d'information, le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, les droits des lanceurs d'alerte, la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Enfin, l'article L. 152-1 du code de commerce consacre le principe de responsabilité civile de l'auteur de toute atteinte au secret des affaires.

> *En définitive, ni le droit pénal commun ni le droit pénal de la propriété intellectuelle ne permettaient de prévenir ou sanctionner toutes les formes d'atteintes au secrets d'affaires. .*

Le dispositif de protection du secret d'affaires consacré par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 apparaît ainsi satisfaisant en ce qu'il permet d'appréhender un large spectre de situations dans lesquelles le secret d'affaires pourrait être détourné. Si certains critères, notamment le caractère raisonnable des mesures de protection mises en œuvre par le détenteur du secret, sont susceptibles de faire l'objet d'une interprétation jurisprudentielle, le cadre juridique ainsi posé n'en demeure pas moins clair et précis, et partant de nature à protéger le secret d'affaires avec efficacité.

D'aucuns regrettent cependant, on va le voir, que l'idée d'une infraction pénale spécifique à la violation du secret des affaires ait été écartée.

III. – L'absence d'infraction pénale *ad hoc* en cas de violation du secret des affaires : un choix erroné dans ses motifs

Le législateur a fait le choix d'écarter une infraction pénale spécifique pour violation du secret des affaires (A), bien qu'un arsenal pénal soit par nature d'une plus grande efficacité (B).

A. – Le choix du législateur de ne pas introduire de mécanisme de protection pénale

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 intervient après cinq initiatives infructueuses, pour définir, encadrer et protéger le secret des affaires en France. Cette proposition de loi se fonde sur une transposition minimale de la directive, en intégrant des mécanismes de protection et d'indemnisation du secret des affaires par la voie civile uniquement. L'infraction pénale spécifique a été écartée de la proposition de loi portant transposition de la directive car elle

« *est sans doute à l'origine de l'échec des précédentes tentatives législatives* »[10].

La loi n'a pas retenu le délit de détournement d'une information économique protégée proposé par la commission des lois du Sénat[11], lequel serait venu sanctionner d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende les détournement d'une information protégée au titre du secret des affaires à des fins exclusivement économiques et consistant à « *obtenir, utiliser ou divulguer de façon illicite une information protégée au titre du secret des affaires, en contournant sciemment les mesures de protection mises en place par son détenteur légitime, afin d'en retirer un avantage de nature exclusivement économique* ». L'Assemblée nationale a considéré que la création d'une nouvelle infraction spécifique n'était pas nécessaire, le droit commun – vol, abus de confiance... – lui apparaissant suffisant, tout en s'engageant à poursuivre les réflexions dans le cadre d'une mission plus large pour protéger les entreprises françaises contre « la guerre économique » [12] Durant les débats parlementaires, la garde des sceaux a par ailleurs affirmé : « *la rédaction de cette nouvelle infraction ne satisfaisait pas, me semble-t-il, au principe de légalité des délits et des peines, puisqu'elle renvoie à des règles particulières mises en place par des personnes privées* »[13].

Mais en réalité, on l'a vu (ci-dessus, I), il est des formes d'atteintes au secret des affaires qui échappent au champ d'application du droit pénal. Or, si celles-ci sont couvertes par le dispositif nouveau de protection consacré par la loi du n° 2018-670 du 30 juillet 2018, le caractère civil de celui-ci ne saurait, par nature, avoir la même efficacité qu'un dispositif répressif.

B. – La nécessité d'un délit spécifique à la violation du secret des affaires

En premier lieu, l'efficacité d'une sanction pénale, autrement dit d'une peine, procède de sa nature même. Le châtiment est dissuasif, par l'atteinte importante qu'il cause à la liberté ou au patrimoine. Il tend, selon la formule de Michel Foucault, à « *faire en sorte que le malfaiteur ne puisse avoir ni l'envie de recommencer, ni la possibilité d'avoir des imitateurs* ».

En second lieu, la voie pénale permet à la victime de bénéficier des moyens d'investigations dont dispose l'autorité judiciaire aux fins de permettre la manifestation de la vérité. Partant, l'existence d'une infraction pénale adaptée à toutes les formes d'atteintes au secret d'affaires est de nature à en permettre la prévention de façon plus protectrice que sur le seul fondement de la responsabilité civile.

Certes, il est de nombreuses mesures d'investigation que l'entreprise victime peut faire diligenter elle-même (expertises, mesures d'instruction fondées sur l'article L. 145 du code de procédure civile notamment, enquêtes privées *etc.*), mais le coût qui en résulte peut générer une inégalité selon les facultés économiques des entreprises victimes de la violation de leur secret des affaires.

Au demeurant, la sanction civile peut toujours être attachée à la sanction pénale. La responsabilité pénale ajoute à la responsabilité civile sans rien y ôter ; elle est donc forcément plus dissuasive.

L'on se gardera, pour notre part, d'affirmer que les atteintes aux secret des affaires sont suffisamment graves pour justifier le recours au droit pénal ; c'est-à-dire d'affirmer que l'intérêt de la société le commande.

En revanche, il nous est permis de souligner que l'arsenal pénal existant est insuffisant et incertain. Partant, si le législateur considère que le recours au droit pénal est nécessaire, alors il lui incombe d'adapter celui-ci pour que toutes les formes d'atteintes entrent dans son champ d'application, ce qui implique la création d'une infraction *ad hoc*. ■

(10) AN, rapp. n° 777, 21 mars 2018.

(11) Sénat, commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du, texte n° 41911, avr. 2018.

(12) Commission mixte paritaire sur la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, 24 mai 2018.

(13) Sénat, compte rendu intégral des débats de la séance, 18 avr. 2018.