

## Transposition de la Directive “Secret des affaires” en France et en Allemagne: un nouvel instrument pour la protection et la valorisation du savoir-faire des entreprises innovantes

### Introduction

Selon une étude publiée par l’Office de la propriété intellectuelle de l’Union européenne, 20% des entreprises ont déclaré avoir été victime d’actes de détournement et d’utilisation abusive de leurs secrets commerciaux entre 2003 et 2013 alors que 38% estiment que le risque a augmenté depuis 2003.

Or, il aura fallu à l’Union européenne près de dix ans de débats pour parvenir à adopter le 8 juin 2016 la Directive 2016/943 sur la protection du savoir-faire et des secrets des affaires contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites. Ce texte apporte une réponse à la forte augmentation des appropriations frauduleuses de secrets des affaires, dans un contexte d’accroissement de l’innovation ouverte et collaborative au niveau transfrontalier.

En effet, si le droit de certains pays membres de l’UE contenait déjà des dispositions tendant à la protection des secrets d’affaires, il existait une grande disparité des législations nationales européennes relatives à la protection des secrets des affaires, source d’insécurité juridique pour les acteurs économiques. Avec la nouvelle Directive, les entreprises détentrices de secrets d’affaires bénéficient d’un régime de protection renforcé et harmonisé à travers l’Union européenne, à l’instar des régimes de protection spécifique des secrets d’affaires déjà en vigueur aux Etats-Unis et en Chine.

### Présentation de la Directive

La Directive, dont les dispositions devaient être transposées par les Etats membre au plus tard le 9 juin 2018, instaure un niveau minimum de protection des secrets d’affaires dans l’Union européenne.

Tout d’abord, la Directive adopte une définition harmonisée du secret d’affaires au sein de l’UE. Une telle définition faisait jusqu’à lors défaut dans plusieurs pays européens, dont notamment la France et l’Allemagne.

Cette définition s’avère très large, pouvant englober toutes sortes d’informations de nature commerciale et technique, tel que savoir-faire, procédés de fabrication, fichiers clients, études de fournisseurs, études de marché, algorithmes, à condition de répondre aux trois critères suivants :

- 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 ;
- Elles ont une valeur commerciale effective ou potentielle parce qu’elles sont secrètes;
- Elles ont fait l’objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes.



**Rebecca Delorey**  
Avocat au barreau de Paris

BARDEHLE PAGENBERG  
delorey@bardehle.fr  
www.bardehle.com

Sont toutefois exclus du champ de protection des secrets d’affaires, les informations qui résultent d’une découverte ou d’une création indépendante, ou de 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.

Dès lors qu’un secret d’affaires remplit ces critères, son détenteur est en droit d’interdire:

- son obtention frauduleuse de façon illicite ;
- sa divulgation et son utilisation en violation d’un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer ou limitant l’usage du secret d’affaires ;
- La fabrication, l’offre ou la mise sur le marché et l’importation, l’exportation ou le stockage à ces fins d’un « bien en infraction », c’est-à-dire d’un produit, qui bénéficie de manière significative d’une violation d’un secret d’affaires.

Afin de permettre au détenteur du secret d’affaires d’exercer efficacement son droit de protection, le nouveau régime prévoit un régime d’indemnisation calqué sur celui prévu par le code de la propriété intellectuelle pour l’indemnisation du préjudice résultant des actes de contrefaçon. Ainsi, pour fixer le montant de dommages-intérêts, le tribunal devra tenir compte notamment du manque à gagner, de la perte subie, des bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte et du préjudice moral. Alternativement, le tribunal peut allouer un montant forfaitaire correspondant au moins au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l’autorisation d’utiliser le secret d’affaires en question. Le tribunal saisi devra également pouvoir prononcer sous astreinte des mesures d’interdiction d’utilisation ou de divulgation, de rappel et de destruction des produits litigieux.

En outre, la Directive contient des dispositions tendant à assurer la protection du secret au cours de procédures judiciaires, notamment en encadrant et en limitant l'accès des parties au procès aux documents et à l'information. En effet, en l'absence de telles mesures, l'intérêt pratique de rechercher la protection d'un secret d'affaires devant des juridictions judiciaires serait limité si défendre son droit revenait à divulguer publiquement le secret qu'on souhaite protéger.

Enfin, le projet de Directive avait suscité de vifs débats et critiques, notamment de la part des représentants syndicaux et des organismes de presse qui voyaient dans le renforcement de la protection des secrets d'affaires un moyen pour les entreprises d'exercer une pression tantôt sur des salariés, tantôt sur les journalistes afin d'éviter que certaines informations sensibles soient rendues publiques au détriment de l'intérêt public ou du droit à l'information. Ainsi, le texte européen tel qu'adopté contient différents aménagements et exceptions aux secrets d'affaires tendant à ménager le droit des travailleurs, le droit à l'information et la liberté de la presse.

## Principaux apports de la Directive en droit français

Le 26 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la proposition de loi de transposition de la Directive adoptée par le Parlement en juin dernier. Ainsi, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret d'affaires, rentrée en vigueur le 31 juillet dernier, vient renforcer sensiblement la protection des secrets d'affaires en France.

En effet, les secrets d'affaires bénéficient désormais d'un régime de protection propre, alors que cette protection était auparavant assurée de manière parcellaire par diverses dispositions issues notamment du code de commerce, code civil, code du travail et du code de la propriété intellectuelle. De même, sur le plan judiciaire, la protection des secrets d'affaires en cours de procédure n'était encadrée par aucun texte spécifique, laissant à la discrétion des juges le choix de mesures tendant à la confidentialité des informations communiquées par les parties au procès.

Ainsi, la loi de transposition introduit dans le Code de commerce un ensemble de règles transposant fidèlement les règles de protection a minima contenues dans la directive (nouveaux articles L151-1 à L154-1) et présentées ci-avant.



En outre, la transposition de la Directive avait suscité de vifs débats en France, notamment au sujet de la protection de la liberté de la presse et des lanceurs d'alerte.

La loi de transposition constitue, à cet égard, un texte de compromis qui, à l'instar de la Directive, contient plusieurs exceptions qui mettent les personnes ayant divulgué des informations susceptibles de constituer des secrets d'affaires à l'abri d'une action en responsabilité. Cela concerne en particulier :

- Les lanceurs d'alertes, lesquels bénéficient de l'ensemble des mesures prévues par la Loi Sapin II concernant la protection des lanceurs d'alertes
- La divulgation d'un secret d'affaires pour un motif d'intérêt général tel que l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique.
- L'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information.

Enfin, la loi prévoit qu'une amende civile peut être infligée par toute personne ayant invoqué de manière dilatoire ou abusive le droit au secret des affaires. Cette amende ne peut être supérieure à 20 % du montant de la demande de dommages-intérêts. En l'absence d'une telle demande, l'amende civile ne peut excéder 60.000 €.

## Principaux apports de la Directive en droit allemand

La protection des secrets commerciaux est particulièrement importante pour les entreprises allemandes. Selon une étude récente, plus de la moitié des entreprises allemandes ont déclaré avoir été victimes d'espionnage industriel ou de vol de données entre les seules années 2013 et 2015. Dans 52% de ces cas, l'auteur était un ancien employé. Selon les estimations, les dommages qui en résultent s'élèvent à 100 milliards d'euros par an.

Jusqu'à présent, il n'existait en Allemagne aucun régime de protection spécifique des secrets d'affaires, leur protection étant assurée par des dispositions de droit civil général, de droit de la concurrence et de droit pénal. Le projet de loi sur les secrets d'affaires («GeschGehG»), aujourd'hui en cours de discussion doit donc sensiblement remanier le régime de protection actuelle.

Le législateur allemand ayant pris du retard, la Directive est directement applicable en Allemagne depuis le 10 juin 2018 et le droit national doit donc être interprété à l'aune de celle-ci. La loi devrait être adoptée à la fin de 2018, de sorte qu'elle pourrait entrer en vigueur au début d'avril 2019.

Il convient de noter que le projet de loi reprend fidèlement les termes de la Directive de sorte que sa conformité au droit européen ne devrait pas faire débat. A supposer que la loi finale ne diffère pas du projet de loi actuel, les apports essentiels de la loi seront les suivants :

- L'introduction en droit allemand d'une définition, conforme à celle énoncée dans la Directive, du secret d'affaires, dans laquelle la notion de l'intérêt légitime au secret ne rentre plus en considération. Désormais, le secret d'affaires consiste en ce que sa valeur économique découle précisément du secret, conférant ainsi à l'entreprise un avantage concurrentiel.
- L'introduction d'un droit spécifique au rappel et à la destruction de produits en infraction, c'est-à-dire qui bénéficient de manière significative d'une violation d'un secret d'affaires.
- L'atteinte au secret d'affaire peut être constituée en dehors de tout rapport de concurrence, de sorte que la responsabilité des intermédiaires peut être engagée.
- Une protection, au moins partielle, des lanceurs d'alerte est prévue par le projet de loi qui prévoit que l'acquisition, l'utilisation ou la divulgation d'un secret commercial n'est pas sanctionnée, si elle est nécessaire pour protéger un intérêt légitime, en particulier pour dénoncer une activité illicite. Toutefois, cette protection est soumise à la condition que la personne qui obtient, utilise ou divulgue les informations agisse dans l'intention de protéger l'intérêt général.

Toutefois, le texte suscite certaines critiques. A titre d'exemple, la sanction maximale en cas de violation de secret d'affaires au cours d'une procédure judiciaire ne s'élève qu'à la somme de 1.000 EUR, ce qui paraît peu dissuasif. D'autres critiques concernent les règles relatives à la compétence juridictionnelle, la portée territoriale des décisions judiciaires et les règles processuelles relatives à la protection du secret en cours de procédure, jugées insuffisantes par certains.

## « Best practices » pour les entreprises en matière de secrets d'affaires

La transposition de la Directive sur les secrets d'affaires constitue une occasion pour les entreprises de revoir leurs procédures internes quant au traitement des actifs immatériels susceptibles d'être protégés en tant que secret d'affaires.

En effet, aux termes de la Directive, les secrets d'affaires ne sont susceptibles de protection que si l'entreprise détentrice a pris des dispositions raisonnables destinées à les garder secrets.

Ainsi, il est indispensable pour les entreprises non seulement de prendre des mesures afin de sensibiliser les employés à l'importance des secrets commerciaux et de s'assurer que les informations sensibles ne sont communiqués qu'aux personnes dont les fonctions nécessitent une telle communication, mais également de documenter les procédures internes ainsi mise en place.

Dans cette optique, il va de soi que la signature d'accords de confidentialité par l'ensemble des personnes susceptibles de recevoir des informations relevant du secret des affaires est fortement recommandée.