

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires

par Matthieu Dhenne, Avocat à la Cour, Docteur en droit

L'essentiel > La transposition de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 relative à la protection des secrets d'affaires offrait l'occasion d'en préciser les dispositions et d'en combler les lacunes. Le législateur français a pourtant refusé de s'adonner à cet exercice tout en ajoutant des incertitudes supplémentaires, autant quant au périmètre de la protection que quant à sa mise en œuvre.

2

À tous il est permis - dans certaines limites - de parler ; à quelques-uns il est réservé de savoir¹.

1. Dans un monde où la quête du quart d'heure de célébrité a conquis l'audimat, la transparence fait office de « morale contemporaine »² exhortant à étaler au grand jour les secrets d'alcôve, voire à guetter tout un chacun jusque dans ses paradis panaméens, tandis que le secret devient « maléfique »³ : « la vertu n'a rien à cacher, le secret est complice des coups tordus »⁴. Le secret des affaires faisait néanmoins, encore récemment, figure de *terra barbaria* à l'abri de cette déferlante et vierge de toute législation. Ainsi, loin du démantèlement

de la discrétion, les pouvoirs publics ont souhaité la préserver pour le milieu des affaires, tout en agitant le chiffon rouge de l'espionnage économique, lequel caracole toujours à la une de la presse économique⁵.

2. Rien de surprenant donc à ce que l'*Economic Espionage Act*, source de la protection pénale du secret des affaires outre-Atlantique⁶, ait inspiré la première proposition de loi française en la matière, alors envisagée comme un « *Economic Espionage Act* "à la française" »⁷. Si cette justification n'a fait qu'une brève apparition au quatrième considérant de la directive transposée par la loi commentée⁸, le législateur français paraît

(1) J. Gracq, *Le rivage des Syrtis*, José Corti, 1951, p. 137. (2) A. Lepage, Avant-propos, in *Le droit de savoir*, Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, Doc. fr., 2011, p. 72. (3) G. Carcassonne, *Le trouble de la transparence*, Pouvoirs 2001/2, p. 17. Carcassonne qualifie, parallèlement, cette transparence de « névrotique ». V. égal. G. Loiseau, Rapport de synthèse, in *Actes du colloque annuel de La Semaine juridique, Le secret à l'ère de la transparence*, JCP 2012, suppl. au n° 47, p. 44, qui évoque la « nécessité du secret » tout en se félicitant de la « résistance du secret aux pulsions de la transparence ». (4) R.-P. Droit, Dangereuse transparence, *Les Échos*, 26 oct. 2011. (5) Les mésaventures de la société Michelin ont régulièrement illustré ce thème. Ainsi, dans l'affaire dite du « Rallye du Japon », en 2005, un individu s'est introduit pendant la compétition sur le stand de Citroën pour y dérober le « pneu magique », obligeant Michelin à développer de nouvelles approches de protection de ses innovations. V. A. Kahn et S. Lauer, Victime d'espionnage, Michelin s'interroge sur son culte du secret, *Le Monde*, 26 janv. 2005. Dans une autre affaire, un ancien salarié du fabricant clermontois avait tenté de vendre des informations confidentielles à son concurrent *Bridgestone*. V. M. Armand, Comment l'espion de Michelin a raté son coup ?, *Le Monde*, 11 août 2009. Le salarié en cause a été condamné pour abus de confiance. V. T. corr. Clermont-Ferrand, 21 juin 2010, *Michelin*, Dr. pénal 2010. Comm. 116, note M. Véron ; CCE 2011. Comm. 31, note E. Caprioli. V., sur l'ensemble de la question, l'intervention de A. Dietz, directeur juridique de la société Michelin, in *La protection juridique des informations à caractère économique, Enjeux et perspectives*, Actes du Colloque de la Fondation Prometheus du 18 oct. 2010, p. 9, disponible sur www.fondation-prometheus.org. (6) V. B. Warusfel, La loi américaine sur l'espionnage économique, *Droit & Défense* 1997/1, p. 64. V. égal. R. Cooper Dreyfuss, *Trade Secrets : How Well Should We Be Allowed to Hide Them ? The Economic Espionage Act of 1996*, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 1998, vol. 9, p. 1. (7) B. Carayon, Rapport sur la proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, Ass. nat., 11 janv. 2012, n° 4159, p. 27 s. (8) Dir. 2016/943/UE du 8 juin 2016 relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE L 157, 15 juin, p. 1. V. J.-C. Galloux, L'adoption de la directive sur le secret des affaires, *RTD com.* 2017. 59 ; J. Lapousterle, La directive n° 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition, *Dalloz IP/IT* 2016. 493.

y avoir opportunément trouvé un appui de taille lui permettant de souligner la nécessité de la protection du secret des affaires face à ses détracteurs. Les Rapports Gauvain et Frassa semblent ainsi parfois puiser dans l'œuvre de John Le Carré, tant les dénonciations de « l'espionnage économique », du « pillage industriel », ou encore du « pillage informationnel », en installent le décor⁹. Cette tonalité anxiogène des rapports parlementaires répond sans doute à la tonalité conspirationniste entonnée par certains journalistes, selon lesquels la protection du secret des affaires dresserait un barrage contre la liberté d'expression et contre les lanceurs d'alertes¹⁰. Et la critique n'est pas demeurée platonique : pas moins de cinq projets législatifs similaires ont échoué sur fond de polémique¹¹.

3. L'idée d'une protection du secret des affaires fit son apparition en France dès 2003, dans deux rapports relatifs à l'intelligence économique destinés au premier ministre¹². En novembre 2011, Bernard Carayon, l'auteur de ces rapports, déposa une proposition de loi pénalisant la violation du secret des affaires, qui fut adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012, sans jamais être inscrite à l'ordre du jour du Sénat¹³. Ladite proposition avait déjà été précédée de deux autres textes du même auteur et avec le même objet, en mai 2004¹⁴ et en juin 2009¹⁵. En janvier 2015, la commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques proposait également un amendement visant la « création de la notion juridique de secret des affaires »¹⁶, mais cet amendement, qui s'inspirait d'une proposition de loi n° 2139

du 16 juillet 2014¹⁷, fut finalement supprimé par le rapporteur du texte à l'Assemblée, face à l'émoi suscité¹⁸. Autant dire que ce contexte se rapprochait d'un champ de braises que seuls des impératifs tels que l'espionnage et l'Europe pouvaient apaiser.

4. Par-delà la polémique, la protection du secret des affaires apparaît en elle-même difficile, parce qu'il s'agit de reconnaître des prérogatives sur une information¹⁹, chose incorporelle et donc par nature insaisissable, qui se caractérise en l'occurrence par sa confidentialité, alors même que le droit demeure un art éminemment social²⁰. D'un point de vue théorique, la question du fondement juridique d'une telle protection a divisé la doctrine, surtout outre-Atlantique²¹. Doit-on appréhender le secret en tant que tel, comme l'objet d'une propriété, qui plus est d'une propriété *intellectuelle*, dont le respect s'impose ? Ou doit-on plutôt l'appréhender sous l'angle de sa violation, laquelle serait alors susceptible d'engager la responsabilité de son auteur ? La directive, en excluant implicitement la première option, tranche en faveur de la seconde²². Il n'échappera pas au civiliste que, d'une part, le secret y est néanmoins qualifié de « bien », lequel constitue en principe l'objet du droit de propriété²³, et que, d'autre part, le bénéficiaire de la protection y est le « détenteur » de ce secret, alors même que la détention peut, sauf à être précaire, fonder la possession, laquelle vaut propriété en présence d'un bien meuble incorporel. Il n'échappera pas non plus au spécialiste de la propriété intellectuelle que le régime mis en place ressemble, à s'y méprendre, à celui établi par la directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle²⁴.

(9) R. Gauvain, Rapport 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, Ass. nat., 21 mars 2018, n° 675 (« Rapp. Gauvain ») ; C.-A. Frassa, Rapport sur la proposition de loi portant transposition de la directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Sénat, 11 avr. 2018, n° 419 (« Rapp. Frassa »). (10) Plusieurs pétitions ont été publiées dans la presse, Secret des affaires : informer n'est pas un délit, *Le Monde*, 28 janv. 2015 ; La loi sur le secret des affaires est un danger pour nos libertés fondamentales, *Libération*, 21 mars 2018 ; Secret des affaires : monsieur le Président, en marche vers la censure ?, *Libération*, 12 juin 2018. (11) V., pour un historique détaillé de ces tentatives, S. Marcellin et T. du Manoir de Juaye, Le secret des affaires, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 2016, p. 21 s. (12) B. Carayon, Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale, Rapp. remis au premier ministre en juin 2003, Doc. fr., 2003. V. égal. B. Carayon, À armes égales, Rapp. remis au premier ministre en septembre 2006, Doc. fr., 2006 ; B. Carayon, Rapport d'information de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur la stratégie de sécurité économique nationale, Ass. nat., 9 juin 2004, n° 1664. (13) Prop. de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, Ass. nat., 22 nov. 2011, n° 3985. Le texte a été adopté en première lecture à l'Assemblée le 23 janv. 2012 (texte n° 826). V. F. Herpe, Protection du secret des affaires : la proposition de loi du 23 janvier 2012 sur la violation du secret des affaires est-elle un progrès ?, JCP E 2012. Act. 173. (14) Prop. de loi relative à la protection des informations économiques, Ass. nat., 13 mai 2004, n° 1611. (15) Prop. de loi relative à la protection des informations économiques, Ass. nat., 17 juin 2009, n° 1754. (16) Texte de la Commission spéciale, annexe au Rapport, Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Ass. nat., 19 janv. 2015, n° 2498. (17) Prop. de loi relative à la protection des informations économiques, Ass. nat., 16 juill. 2014, n° 2139. V. T. du Manoir de Juaye, À propos de la proposition de loi sur le secret des affaires du 16 juillet 2014, RLDI oct. 2014, p. 62. (18) D. Cosnard, Le secret des affaires retiré de la loi Macron, *Le Monde*, 31 janv. 2015, p. 8. (19) V., à propos de l'appropriation de l'information, P. Catala, Ébauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984. Chron. 97, in Le droit à l'épreuve du numérique. *Jus Ex Machina*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, p. 224 ; du même auteur, La « propriété » de l'information, in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz/Sirey, 1985, p. 97 ; J.-C. Galloux, Ébauche d'une définition juridique de l'information, D. 1994. 229 ; A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, n° 467 s. (20) En ce sens, à propos du droit de propriété, F. Terré, Esquisse d'une sociologie du droit de propriété, *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Lille* 1966, p. 417 ; J. Carbonnier, Droit civil, Vol. 2, Les biens, Les obligations, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 733. (21) R. G. Bone, *A New Look at Trade Secret Law : Doctrine, in Search of Justification*, *Cal. L. Rev.* 1998, vol. 86, p. 241 ; L. S. Paine, *Trade Secrets and the Justification of Intellectual Property : A Comment on Hettinger*, *Philos. Public Aff.* 1991, vol. 20, p. 247. V. égal. D. D. Friedman, W. M. Landes et R. A. Posner, *Some Economics of Trade Secret Law*, *J. Econ. Perspect.* 1991, vol. 5, p. 61. (22) Le 16^e considérant de la directive indique que « 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 d'affaires ». V. égal. J. Passa, Secret des affaires et propriété intellectuelle, in La protection des secrets d'affaires, Perspectives nationales et européennes, Actes du colloque du 1^{er} avr. 2016, ss la dir. de J. Laposterle et B. Warusfel, LexisNexis, coll. CEIPI, 2017, p. 36. (23) F. Zenati et T. Revet, Les biens, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2008, n° 2. (24) Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE L 157, 30 avr., p. 45. V. J.-C. Galloux, La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, RTD com. 2004. 698.

D'un point de vue pratique, une tension constante entre droit et confidentialité se fait jour avec les questions probatoires et procédurales. Comment démontrer la détention d'un secret des affaires puis l'atteinte qui lui a été portée ? Comment garantir une procédure équitable ne mettant pas à mal ce secret tant convoité si une action fait suite à sa violation ?

5. La transposition constituait donc l'occasion de préciser la directive du 8 juin 2016 et d'en combler les lacunes en vue d'établir plus fermement le droit qu'elle consacre. L'article 1^{er} du texte accorde explicitement aux États membres une marge de manœuvre qui aurait pu permettre au législateur français de préciser le texte à certains endroits et de l'améliorer à d'autres, ne serait-ce que pour l'adapter au droit national. Malheureusement, il n'en a rien été. Un choix a été fait en faveur d'une « transposition basse », qui confine parfois à l'absence de transposition²⁵. La loi semble en fin de compte pécher par excès de prudence, voire de timidité, autant quant au périmètre de la protection du secret des affaires (I) que quant à la mise en œuvre de cette protection (II).

I - Périmètre de la protection du secret des affaires

6. La délimitation du périmètre de la protection du secret des affaires exige de définir ce secret (A), puis de délimiter l'atteinte pouvant lui être portée (B).

A - La définition du secret des affaires

7. affaires comme une information satisfaisant trois critères : elle n'est pas généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité (1) ; elle revêt une valeur commerciale effective ou potentielle qui résulte de son caractère secret (2) ; elle fait l'objet de mesures de protection raisonnables pour demeurer secrète, compte tenu des circonstances (3).

1 - Un secret

8. La loi de transposition présente de légères variations par rapport à l'article 2, 1^o, de la directive quant à la notion de

secret : « toute information » remplace « des informations » ; le « secret des affaires » remplace les « secrets d'affaires ». Ces deux modifications paraissent insignifiantes, bien qu'inutiles et génératrices d'incertitudes, du fait de l'écart par rapport à la directive²⁶.

9. On pourra retenir, à la suite de Catala, que « l'information est un message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui »²⁷. En l'occurrence, seul un secret exprimé dans une forme donnée paraît susceptible de bénéficier d'une protection, tandis que la simple idée devrait en être exclue, ne serait-ce que parce que le droit serait incapable de se saisir d'une réalité indéterminée. Il n'est en outre pas nécessaire que le secret soit absolu en demeurant totalement inconnu d'autrui : il suffit qu'il soit relatif en demeurant uniquement inconnu des personnes du milieu en cause.

10. Le texte français ne pêche pas tant par ses menues variations que par ses insuffisances eu égard aux lacunes de la directive²⁸. La fixation de l'objet du droit a pour corollaire la détermination de ses bénéficiaires, ceux-ci dépendant directement des types d'informations protégés. Or, en l'état, ce secret, dit « des affaires », n'est pas exclusif au monde des affaires. Aucun élément de sa définition ne le rattache aux entreprises. N'importe qui pourra dorénavant se prévaloir d'un secret représentant une valeur commerciale. Les célébrités, par exemple, pourront invoquer le nouveau droit face à la violation de leur vie privée²⁹. Il est à regretter que le législateur français n'ait pas souhaité apporter de précisions, *a minima* en s'inspirant des considérants de la directive, lesquels désignent explicitement les entreprises et les organismes de recherche non commerciaux en tant que détenteurs du secret³⁰. Sans doute, les « affaires » en cause n'appartiennent pas à la sphère sentimentale. Il s'agit d'affaires économiques afférentes au patrimoine et non à la personne. Savatier affirmait déjà en ce sens que « le secret des affaires n'a jamais été tourné vers le sacré, mais vers l'utile : il ne concerne pas la personne, mais le patrimoine »³¹. Ainsi, la notion de secret des affaires ne relève pas du droit des personnes, mais du droit des affaires³². Elle n'est dès lors pas endiguée au sein du droit commercial ; au contraire, elle infiltre tous les instruments juridiques intéressant les opérateurs économiques³³. Le

(25) V. Rapp. Gauvain, p. 8. (26) Le Rapp. Gauvain indique d'ailleurs que l'expression « secret des affaires » possède un sens identique à l'expression « secrets d'affaires » de la directive et qu'elle lui a uniquement été préférée parce qu'elle est celle retenue par la jurisprudence française (Rapp. Gauvain, p. 25, note p. 4). (27) P. Catala, Ébauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984. Chron. 97, in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus Ex Machina*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, p. 224. Rapp. Vocabulaire juridique, ss la dir. de G. Cornu, PUF, coll. Quadrige, 2018, v^o Information : « Le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui (à une personne déterminée ou au public) ». Cette proposition doctrinale, qui exige une mise en forme de la connaissance, nous paraît préférable à la définition adoptée dans un arrêté du 22 déc. 1981, qui couvre également l'information brute en définissant l'information comme un « élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué ». (28) V., à propos desdites lacunes, J. Lapousterle, La protection civile des secrets d'affaires : bilan d'étape, in *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives*, Actes du colloque du 12 déc. 2014, ss la dir. d'E. Py et J.-M. Garinot, LexisNexis, coll. CREDIMI, 2015, p. 105 ; spéc. p. 108 s. ; J. Lapousterle, C. Geiger, N. Olszak et L. Desauettes, Quelle protection pour les secrets d'affaires au sein de l'Union européenne ? Observations du CEIPI sur la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, p. 3 ; S. Nuno Sousa, *What Exactly is a Trade Secret Under the Proposed Directive ?*, *JiPLP* 2014, vol. 9, p. 923. (29) T. Aplin, *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive*, *IPQ* 2014, n^o 4, p. 262. (30) Consid. 1, 2, 3, 4, 8 et 9. (31) R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui, Dalloz, 1959, p. 161. (32) Vocabulaire juridique, préc., v^o Affaires. Rapp. J.-M. Garinot, Le secret des affaires, LexisNexis, coll. CREDIMI, 2013, n^o 1, qui évoque le « droit de l'entreprise ». (33) Cette extension est confirmée par l'art. 4 de la loi de transposition qui remplace l'expression « en matière industrielle et commerciale » par « des affaires » dans de nombreuses dispositions du code de commerce.

secret concerné peut ainsi relever de tous types d'activités (commerciale, industrielle, artisanale, libérale, etc.)³⁴. Bien que cela ne puisse faire barrage aux éventuelles dérives, les rapports Gauvain et Frassa lient, implicitement, le secret aux entreprises, puisqu'ils destinent sans ambiguïté la protection à ces dernières, et que, surtout, les parlementaires ont écarté la référence à « toute personne physique ou morale » concernant le détenteur légitime. Le principe d'interprétation conforme implique en outre que les juridictions françaises tiennent compte des considérants de la directive lors de l'interprétation de la loi. Le texte exige également que le caractère secret de l'information soit la source d'une valeur commerciale.

2 - Une valeur commerciale

11. Conformément à l'article 2 de la directive, le nouvel article L. 151-1 du code de commerce prévoit l'exigence d'une valeur commerciale issue du secret. Comme pour l'exigence du secret, une meilleure caractérisation de cette notion de valeur commerciale aurait pu servir une meilleure identification des bénéficiaires du droit. Le considérant 14 de la directive précise le sens de cette notion : « Ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés 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. » Seul le caractère effectif ou potentiel de la valeur a finalement été puisé à cette source par le législateur français, à la suite de la préconisation du Conseil d'État³⁵.

12. Notons que la valeur en cause est la valeur objective contingente aux choses, que l'on différencie de la valeur subjective propre à chaque individu³⁶. Il s'agit autrement dit de la valeur d'échange, comme le confirme l'adjectif « commerciale », et non de la valeur d'utilité de la chose³⁷. Cette valeur d'échange peut être évaluée en se fondant sur la monnaie comme unité de comparaison entre l'offre et la demande, dès lors que la valeur est inversement proportionnelle à la demande³⁸. En somme, ladite valeur provient d'« une

rupture de l'indifférence ou de l'égalité entre les choses »³⁹. Sachant qu'en l'occurrence il n'existe aucun seuil en deçà duquel cette « rupture » ne satisfait pas l'exigence : une information divulguée pour un euro suffirait, par exemple⁴⁰.

13. Le législateur aurait pu tirer profit de la reprise de certains éléments de la proposition de loi du 16 juillet 2014 se situant dans la droite ligne du considérant 14 précité. Le texte visait alors une « valeur économique » tout en caractérisant l'information dont elle était issue comme « un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur »⁴¹. L'introduction de l'adverbe « notamment » suffit dans ce cas à éviter l'écueil d'une restriction du champ d'application de la directive⁴². On aurait aussi pu remplacer « commerciale » par « économique », comme l'avait proposé le rapporteur du texte au Sénat⁴³, puisqu'il s'agit d'un secret « des affaires » débordant le cadre du commerce. Cette substitution eût paru d'autant plus opportune que c'est la valeur économique qui constitue la véritable origine du droit, dès lors qu'elle précède le secret davantage que l'inverse. Le législateur français avait ainsi l'occasion de corriger le renversement de cause à effet voulant que la valeur naisse du secret, qui apparaît à l'article 2, 1, *b*), de la directive⁴⁴. Mais, quitte à qualifier cette valeur de « commerciale » et à la déduire du secret, une simple indication selon laquelle la première découle du dommage causé par la divulgation, tel que le prévoyait la proposition Carayon de 2011, pouvait constituer un palliatif *a minima*⁴⁵. Rien de tout cela n'a finalement été retenu par le législateur, qui a notamment préféré exclure le remplacement de « commercial » par « économique », ce qui revient *de facto* à lier le secret à une mise dans le commerce, même s'il est vrai que la prise en compte de la valeur potentielle minore cette faiblesse. L'union de la valeur avec le secret implique qu'elle dépend aussi des mesures de protection raisonnables du secret adoptées par son détenteur afin de le contrôler.

3 - Un contrôle

14. L'information doit avoir fait l'objet de mesures de protection raisonnables autorisant la conservation du secret, en d'autres termes le détenteur doit contrôler son secret. Ce troisième critère surplombe les deux premiers en raison

(34) J. Frantz, La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne. Observations de la CCI Paris Île-de-France sur la proposition de directive relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 11 sept. 2014, p. 20. (35) CE, avis, 15 mars 2018, n° 394422, 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. (36) C. Grzegorzczak, La théorie générale des valeurs et le droit, LGDJ, coll. Bibl. phil. dr., t. XXV, 1982, p. 39 s. (37) Cette distinction valeur d'utilité - valeur d'échange provient d'Aristote. V. Aristote, Politique (I-II). T. I, trad. J. Aubonnet, Les Belles Lettres, Universités de France, 1991, n° 1257 a), p. 27. V., néanmoins, en faveur d'une confusion de ces deux types de valeurs, G. Blanluet, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 313, 1999, n° 438. (38) R. Libchaber, Recherches sur la monnaie en droit privé, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 225, 1992, n° 48, p. 39 et n° 49. (39) L. Lavelle, Traité des valeurs, T. 1, PUF, coll. Dito, 2^e éd., 1991, p. 3. (40) N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, LGDJ, coll. Manuels, 4^e éd., 2016, n° 650. (41) Prop. de loi n° 2139, 16 juill. 2014, art. L. 151-1. (42) B. Warusfel, Les enjeux politiques et juridiques de la protection des secrets d'affaires, in La protection des secrets d'affaires : perspectives nationales et européennes. Actes du colloque du 1^{er} avril 2016, ss la dir. de J. Lapousterle et B. Warusfel, LexisNexis, coll. CEIPI, 2017, 2, spéc. p. 11. (43) Rapp. Frassa, p. 28. (44) N. Binctin, Les secrets protégés, in La protection des secrets d'affaires, Perspectives nationales et européennes, préc. p. 18, spéc. p. 31. (45) J.-C. Galloux, Droit sur les créations nouvelles, RTD com. 2014. 87. V. Prop. n° 3985, 22 nov. 2011, art. 226-15-1.

de l'exigence probatoire qui lui est consubstantielle. Ces mesures raisonnables ne devraient cependant pas recouvrir la notion d'identification de l'information, à laquelle les règlements européens d'exemption par catégorie, dont le règlement UE 316/2014 du 21 mars 2014 relatif aux accords de transfert de technologie⁴⁶, subordonnent la protection du savoir-faire⁴⁷. L'identification doit alors être suffisamment complète pour permettre d'apprécier la réalité technique du savoir-faire, sa substantialité, de la même manière que la description d'un brevet doit être suffisante pour autoriser la reproduction de son enseignement⁴⁸. Même si la preuve du contrôle d'une information ne peut que difficilement aller sans une identification de l'information, voire peut-être sans sa substantialité, il n'en demeure pas moins que l'aspect formaliste du critère ouvre la voie à une compréhension souple de son objet.

15. Malgré l'absence d'indications explicites en ce sens dans les textes, la directive invite à considérer que l'ampleur du contrôle soit fonction de la valeur du secret⁴⁹. L'intention de contrôle paraît en outre tout aussi importante que son effectivité, dans la mesure où cette dernière ne suscitera d'interrogation qu'en cas de violation du secret⁵⁰. De fait, il reviendra au juge de déterminer si le détenteur du secret a pris des mesures juridiques et matérielles suffisantes pour s'assurer le contrôle relatif de l'information. D'un point de vue juridique, la confidentialité s'organisera par un accord de confidentialité ou par l'insertion d'une clause de confidentialité dans un contrat donné⁵¹. Cette dernière pourra s'accompagner utilement d'une clause de non-exploitation si l'exploitation n'exige pas une divulgation. Il s'agit d'instaurer une obligation de secret pouvant prendre la forme d'une obligation de ne pas divulguer conjuguée à une obligation de secret. Des variations sont imaginables, par exemple l'insertion d'une obligation de ne pas chercher à savoir⁵². Un auteur note que l'accord externalisé relatif au secret peut cependant sembler préférable à une clause, sous réserve de prévoir que ledit accord soit à l'abri des causes de disparition du contrat principal⁵³. Il est vrai qu'un tel accord offre davantage de clarté tout en signalant l'importance de l'obligation. Outre cette protection directe du secret, d'autres obligations, y

touchant indirectement⁵⁴, sont à envisager : obligations d'exclusivité et de non-concurrence en particulier. D'un point de vue matériel, le détenteur du secret doit mettre en place un certain nombre de mesures destinées à restreindre l'accès réduit au secret : mesures de sécurité physique (contrôle de l'accès aux locaux, de la circulation des visiteurs, etc.), mesures de sécurité informatique (contrôle de l'accès au réseau puis aux données, chiffrement des données sensibles, configuration de pare-feu, etc.), mesures d'organisation (classification des informations, sensibilisation du personnel, etc.)⁵⁵. Bien que l'exigence d'une mention expresse du caractère confidentiel ait été expressément rejetée par la Commission des lois du Sénat⁵⁶, une telle mention paraît sans doute préférable⁵⁷, ne serait-ce, encore une fois, que pour signaler l'importance du secret. Ainsi, la protection du secret des affaires interviendra lorsque son détenteur subira une atteinte en dépit de telles mesures de protection raisonnables.

B - L'atteinte au secret des affaires

16. La loi reprend la délimitation positive des actes illicites énumérés à l'article 4 de la directive (1) et la délimitation négative d'actes considérés, par exception, comme licites, conformément aux articles 3 et 5 de la directive (2).

1 - Les actes illicites

17. En amont, le détenteur d'un secret des affaires peut, en vertu du nouvel article L. 151-4 du code de commerce, s'opposer à l'obtention dudit secret résultant d'un « accès non autorisé » ou de « tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale ». En aval, l'article L. 151-5 lui permet de s'opposer à l'utilisation et la divulgation du secret par une personne l'ayant obtenu dans les conditions indiquées à l'article L. 151-4 ou qui « agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation ». De même, « la production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret » sont illicites si la personne commettant ces actes

(46) Règl. UE 316/2014 du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, JOUE L 93, 28 mars, p. 17. V., pour un exemple d'application de la définition du savoir-faire donnée par ce Règl., TGI Paris, 31 mars 2017, n° 11/07054, *Laboratoires Choisy c/ Chauvette et Tri-Textco*. (47) N. Binctin, *Les secrets protégés*, préc., spéc. p. 31 et 32. (48) Art. L. 612-5 CPI. V. J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2017, n° 430 ; J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, n° 197. V. égal. notre ouvrage, *Technique et droit des brevets*, LexisNexis, coll. Bibl. dr. entreprise, t. 89, 2016, n° 534 s. (49) Le consid. 21 de la directive lie « les mesures, procédures et réparations prévues » à « la valeur du secret d'affaires ». (50) N. Binctin, *Les secrets protégés*, préc., spéc. p. 31. (51) E. Loquin, *La gestion juridique du risque par le contrat*, in *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, ss la dir. de E. Py et J.-M. Garinot, LexisNexis, coll. CREDIMI, 2015, p. 55. V. égal. M. Vivant, *Les clauses de secret*, in *Les principales clauses conclues entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 102. V., sur l'ensemble de la question, J.-M. Garinot, *Le secret des affaires*, LexisNexis, coll. CREDIMI, 2013, n° 241 s. En dépit du fait que l'obligation de confidentialité paraît découler de l'exécution de bonne foi. V. A. Seube, *La réservation du Know-How par le droit des contrats*, in *Le know-how*. 5^e Rencontre de propriété industrielle, Montpellier, Litec, 1976, p. 79, spéc. p. 81. (52) M. Vivant, *Les clauses de secret*, préc., spéc. n° 3. (53) J.-M. Marmayou, *Clause de secret et de confidentialité*, in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, ss la dir. de J. Mestre et J.-C. Roda, Lextenso, coll. Les intégrales, 2011, p. 979, spéc. n° 1737. (54) Rapp. E. Py, *Les mécanismes contractuels de protection du savoir-faire*, Légicom 2013/1, n° 49, p. 41. (55) D. Courbon, *La gestion matérielle du risque par le maintien du secret*, in *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives*, préc. p. 45 ; F. Hagel, *Protection des secrets des affaires : enjeux et repères*, Cah. dr. entr., janv. 2012, n° 1, dossier 3. (56) Rapp. Frassa, p. 29. (57) En ce sens, P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^e éd., 2010, n° 701, p. 300.

« savait, ou aurait dû savoir eu égard aux circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite ». L'article L. 151-6 précise que l'obtention, l'utilisation et la divulgation sont également illicites quand elles sont commises par « une personne qui savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5 ». En somme, l'atteinte peut résulter à la fois de l'appréhension non autorisée du secret, d'une part, et de son détournement, d'autre part. Et, dans toutes ces hypothèses, l'usage illicite ne sera caractérisé que s'il résulte d'un comportement intentionnel ou d'une négligence grave.

18. De manière générale, l'étendue du droit paraît ample dès lors que ce dernier porte non seulement sur l'utilisation du secret, mais aussi sur son obtention et sur sa divulgation. Ces deux dernières prérogatives distinguent le droit sur un secret des affaires des droits voisins de propriété intellectuelle, lesquels ne couvrent pas la première, tandis qu'ils n'incluent la seconde qu'exceptionnellement, au sein des prérogatives extrapatrimoniales de l'auteur⁵⁸. La mention expresse de la divulgation paraît d'autant plus fondamentale qu'elle détruit purement et simplement le secret. Tous ces actes étaient cependant déjà sanctionnés par la jurisprudence de la Cour de cassation au titre de la concurrence déloyale⁵⁹. On relèvera aussi une certaine souplesse dans la détermination des actes illicites, au regard, d'une part, de la précision selon laquelle l'obtention illicite d'un secret peut résulter de « tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale », et, d'autre part, de la palette des actes réputés licites au titre des exceptions⁶⁰.

19. Par ailleurs, le texte n'esquisse aucune distinction ou articulation entre le droit sur un secret des affaires et les autres droits situés à sa périphérie. Nous pensons bien évidemment aux cas de la responsabilité civile mise en cause à la suite d'une action en concurrence déloyale et des droits de propriété intellectuelle. Une action en responsabilité demeure-t-elle possible si le secret ne satisfait pas les conditions posées par la loi ? En principe, rien ne devrait s'y opposer, mais les nombreuses références au comportement déloyal dans la

définition des atteintes au secret instillent le doute. Devra-t-on assimiler l'action fondée sur un secret des affaires à une action en concurrence déloyale connexe en présence d'un savoir-faire lié à une invention brevetée⁶¹ ? L'obtention ou le détournement de savoir-faire constituant une forme particulière de déloyauté souvent difficilement séparable du contentieux de contrefaçon de brevet, nous penchons en faveur de l'affirmative⁶². Le secret des affaires sera-t-il opposable à un créateur salarié souhaitant divulguer son œuvre ? *De lege lata*, la négative s'impose, puisque le contrat de travail n'emporte pas de dévolution des droits et qu'en toute hypothèse le droit de divulgation demeurerait un droit moral inaliénable insusceptible d'une renonciation *a priori*⁶³. Devra-t-on révéler le secret conformément à l'obligation d'information de l'article 1112-1 du code civil dans l'hypothèse de négociations pour l'acquisition d'une entreprise, par exemple⁶⁴ ? Tout au plus, pouvons-nous alors évoquer le nouvel article L. 151-7 du code de commerce, qui prévoit que le secret n'est pas opposable quand l'obtention, l'utilisation ou la divulgation sont requises ou autorisées par le droit national. Toutefois, cette disposition ne paraît *a priori* pas destinée à s'appliquer à des négociations contractuelles, son but étant de garantir aux autorités publiques la possibilité de recueillir, divulguer ou utiliser des informations dans l'exercice de leurs fonctions⁶⁵. Et si on en venait à pénaliser l'atteinte au secret des affaires, nous pourrions aussi voir poindre des difficultés d'articulation internes à la protection entre volet pénal et volet civil. Il conviendrait en particulier de préciser le délai de la prescription de l'action pénale, car le nouvel article L. 152-2 du code de commerce établit un délai de cinq ans pour « les actions relatives à l'atteinte au secret des affaires » alors que l'article 8 du code de procédure pénale prévoit une prescription de droit commun de six ans pour les délits⁶⁶.

20. Le nouvel article L. 152-2 du code de commerce, qui transpose l'article 8 de la directive, dispose ainsi que le délai de prescription de l'action relative à l'atteinte au secret des affaires est de cinq ans « à compter des faits qui en sont la cause ». La prescription devrait, en principe, commencer à courir à compter du dernier acte litigieux⁶⁷, parce que l'atteinte perdure jusqu'à cet acte et ne cesse qu'avec lui⁶⁸. En l'absence de disposition en ce sens, les juges pourront néanmoins retenir

(58) Art. L. 121-2 CPI : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre ». (59) Com. 25 févr. 2003, n° 00-21.542 ; 8 févr. 2017, n° 15-14.846.

(60) J. Lapousterle, Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne, D. 2014. 682. (61) Art. L. 615-17 CPI. (62) Le savoir-faire est en effet bien souvent « périphérique » au droit de brevet. V. J. Azéma et J.-C. Galloux, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, coll. Précis, 2017, n° 1029 s. V. égal. J.-C. Galloux, Savoir-faire et brevet : alternative ou complément ?, in La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives. Actes du colloque du 12 décembre 2014, préc. p. 17. (63) En application, respectivement, des art. L. 111-1, al. 3, et L. 121-2 CPI V. T. Manoir du Juaye, À propos de la proposition de loi sur le secret des affaires du 16 juillet 2014, RLDI oct. 2014, p. 62, spéc. p. 70 ; Secret des affaires : transposition imminente de la directive du 8 juin 2016, RLDI mai 2018. 45, spéc. p. 49. Notons que des réponses diverses seront apportées à cette question selon les États membres, en fonction de la place qu'ils accordent au droit moral. En Allemagne, par exemple, le droit de divulgation revient à l'employeur. V. J. Lapousterle, C. Geiger, N. Olszak et L. Desaunettes, Quelle protection pour les secrets d'affaires au sein de l'Union européenne ? Observations du CEIPI sur la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, p. 12, note p. 39, citant G. Schricker et U. Loewenheim, *Urheberrecht. Kommentar*, C.H. Beck, 4^e éd., 2010, § 43, n° 73. (64) J.-C. Roda, Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ?, D. 2018. 1318. (65) Rapp. Gauvain, p. 30 et 31. (66) Rapp. C. de Haas, Pratique contentieuse, Droit pénal de la contrefaçon, La prescription des actions devant le juge répressif, CCE 2018. Prat. 12, qui évoque les difficultés suscitées par cette articulation dans le domaine de la contrefaçon. (67) Com. 26 mars 2002, n° 99-19.533, D. 2003. 126, obs. S. Durrande ; PIBD 2002. III. 295 ; JCP E 2002. 787 ; Paris, 15 déc. 1999, et 18 févr. 2000, RTD com. 2000. 365, obs. A. Françon. V. égal. en ce sens, P.-Y. Gautier, De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique, D. 2002. 1852. (68) V. J. Klein, Le point de départ de la prescription, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2013, n° 71 s.

que la prescription commence à courir à compter du premier acte litigieux⁶⁹. Il aurait par conséquent été pour le moins judiciaire de s'inspirer de l'ordonnance n° 2018-341 du 9 mai 2018 relative au droit des brevets, qui remplace l'expression « à compter des faits qui en sont la cause » par « du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître le dernier fait lui permettant de l'exercer ». En l'état, l'article L. 152-2 ne présente non seulement aucun intérêt, mais introduit en outre une incertitude supplémentaire, car sa rédaction diffère de celle de l'article 2224 du code civil, lequel prévoit une prescription quinquennale qui court à compter « du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Ainsi, tandis que l'article L. 152-2 s'intéresse à la réalisation des faits, l'article 2224 s'intéresse à la connaissance qu'on peut en avoir. Or, hormis le cas de la divulgation, il existe un décalage certain entre la réalisation des faits et leur connaissance. En l'occurrence, le positionnement du point de départ à la réalisation de l'obtention ou d'utilisation porte en lui un risque non négligeable pour les demandeurs⁷⁰. Le rapporteur du texte au Sénat, dont provient l'amendement à l'origine de l'article L. 152-2, estimait pourtant, étrangement, que la formule de ce dernier équivalait à la formule employée à l'article 2224. Cette équivalence artificielle confinant une nouvelle disposition à l'inutilité, elle aurait logiquement dû conduire le législateur à garder le silence, comme il l'a fait à l'Assemblée⁷¹, sauf à préférer un zeste (supplémentaire) d'insécurité juridique au lieu du renforcement de la sécurité juridique prétendument recherché par l'amendement⁷². Quoi qu'il en soit, on pourra ici encore se référer utilement à la jurisprudence en matière de propriété intellectuelle, laquelle exige que la victime ait eu connaissance du dommage⁷³.

21. Le choix du législateur français en faveur d'une protection civile, à l'exclusion de tout arsenal pénal, à l'inverse, par exemple, du droit américain, est notable. Ce volet pénal est l'arlésienne de la protection du secret des affaires en France. Incluses dans plusieurs propositions de loi, les mesures pénales sont restées lettre morte, en particulier pour la « bonne » raison que la directive ne les harmonise pas. Si cette mise à l'écart par la directive n'incitait pas à légiférer en ce sens, elle n'en constituait pas pour autant un obstacle, dès lors

que son premier article autorise les États membres à prévoir une protection plus étendue du secret. En d'autres termes, le législateur français était tout à fait en mesure de prévoir un volet pénal, malgré son absence au niveau européen. D'ailleurs, la doctrine s'est unanimement prononcée en faveur de la reconnaissance d'une telle protection pénale par la loi de transposition⁷⁴. Cela étant, si un doute persiste quant à l'application de la qualification de vol aux biens incorporels⁷⁵, la jurisprudence leur appliquant l'abus de confiance semble bien établie et a vocation à perdurer⁷⁶. Une intervention du législateur présenterait, en tout cas, le mérite de renforcer la sécurité juridique dans un secteur où la pénalisation existe, mais demeure encore incertaine et lacunaire. On déplorera donc que trop de prudence, en particulier du côté de l'Assemblée, ait conduit le législateur à remettre son intervention en la matière aux calendes grecques. D'autant plus que, en vertu du principe de légalité des peines, une pénalisation aurait exigé des précisions qui n'apparaissent pas superflues, notamment au regard du nombre d'actes considérés comme licites par la loi.

2 - Les actes licites

22. Le nouvel article L. 151-3 du code de commerce indique que l'obtention est licite lorsqu'elle résulte 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 ». Parallèlement, les articles L. 151-7, L. 151-8 et L. 151-9 énumèrent des cas dans lesquels le secret n'est pas opposable. Ainsi, selon l'article L. 151-7, le secret n'est pas opposable quand le droit de l'Union, les Traités internationaux ou le droit national requièrent ou autorisent l'obtention, l'utilisation ou la divulgation dudit secret. L'article L. 151-8 instaure pareillement une inopposabilité en présence d'actes nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression, à « l'exercice du droit d'alerte », et à « la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national ». L'article L. 151-9 organise l'inopposabilité du secret dans le cadre d'une instance impliquant des salariés ou leurs représentants.

(69) En ce sens en matière de contrefaçon, Com. 16 févr. 2010, n° 09-12.262, D. 2010. 581 ; RTD com. 2010. 300, obs. J. Azéma, et 314, obs. F. Pollaud-Dulian. (70) Les débats récents relatifs à la prescription des actions en nullité des titres de propriété industrielle illustrent ce type de risque. V. E. Py, La prescription de l'action en nullité de brevet, Propr. ind. 2018. Étude 3, spéc. n° 4 s. V. égal. notre article, La prescription des actions en nullité des titres de propriété industrielle à la lumière de la liberté du commerce et de l'industrie, Propr. ind. 2018. Étude 4, spéc. n° 19. (71) Rapp. Gauvain, p. 33. (72) Rapp. Frassa, p. 40. (73) Paris, 7 févr. 2006, CCE 2006. Comm. 141, note C. Caron. V. égal. P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, PUF, 7^e éd. refondue, n° 779. (74) J.-M. Garinot, La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ?, AJ pénal 2017. 378 ; J. Lapousterle, La protection pénale des secrets d'affaires, in La protection des secrets d'affaires : perspectives nationales et européennes, Actes du colloque du 1^{er} avril 2016, ss la dir. de J. Lapousterle et B. Warusfel, LexisNexis, coll. CEIPI, 2017, p. 60 ; B. Warusfel, Les enjeux politiques et juridiques de la protection des secrets d'affaires, *in ibid.*, p. 2, spéc. p. 12 ; J. Lasserre Capdeville, La protection pénale des secrets d'affaires, in La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives, Actes du colloque du 12 décembre 2014, ss la dir. d'E. Py et J.-M. Garinot, LexisNexis, coll. CREDIMI, 2015, p. 129. (75) M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, Dalloz, coll. Précis, 5^e éd., 2006, n° 78 s. (à mettre à jour avec l'édition 2018) (76) Crim. 14 nov. 2000, n° 99-84.522, D. 2001. 1423, note B. de Lamy ; RSC 2001. 385, obs. R. Ottenhof ; RTD civ. 2001. 912, obs. T. Revet ; RTD com. 2001. 526, obs. B. Bouloc ; 16 nov. 2011, n° 10-87.866, D. 2012. 137, obs. M. Léna, note G. Beaussonie, 964, chron. N. Thomassin, 1698, obs. C. Mascala, et 2917, obs. S. Mirabail ; AJ pénal 2012. 163, obs. J. Lasserre Capdeville ; RSC 2012. 169, obs. J. Francillon ; RTD com. 2012. 203, obs. B. Bouloc ; Gaz. Pal. 2012, n° 13/14, p. 40, note E. Dreyer ; Dr. pénal 2012. Comm. 1, note M. Véron. Ne faut-il pas citer aussi : Crim. 28 juin 2017 n° 16-81.113, D. 2017. 1885, note G. Beaussonie, et 2501, obs. T. Garé ; AJ pénal 2017. 448, obs. J. Lasserre Capdeville ; Dalloz IP/IT 2017. 663, obs. G. Desgens-Pasanau ; RSC 2017. 752, obs. H. Matsopoulou ; RTD com. 2017. 713, obs. L. Saenko ?

23. S'agissant des exceptions, le législateur a agrégé la liberté de communication à la liberté d'expression tout en indiquant qu'elles comprenaient en particulier le respect de « la liberté de la presse », laquelle se substitue à la liberté et au pluralisme des médias mentionnés à l'article 5, a), de la directive. Ces modifications ne semblent pas avoir davantage de conséquences que d'intérêt. Pour les lanceurs d'alerte, la loi française ajoute une référence au droit d'alerte reconnu par l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Enfin, à propos des « salariés », qui ont pris la place des « travailleurs », outre la divulgation nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, l'article L. 151-9 admet aussi que l'obtention d'un secret est licite lorsqu'elle intervient « dans le cadre de l'exercice de leur droit à l'information et à la consultation ». La formulation retenue par le législateur - l'« inopposabilité » du secret - présente le mérite d'être suffisamment large pour couvrir la mise en cause de la responsabilité des personnes concernées ainsi que toute mesure visant à empêcher ou à faire cesser⁷⁷.

24. On regrettera que rien n'ait été précisé à propos du secret détenu par un salarié quand il acquiert un savoir-faire ou quand il met en œuvre son savoir-faire lors de l'exécution de son contrat de travail⁷⁸. Ces questions suscitent des difficultés, dès lors que la réutilisation de ce savoir-faire par le salarié chez son nouvel employeur peut constituer une forme de détournement⁷⁹, de nature à caractériser une forme de concurrence déloyale⁸⁰. Des précisions auraient donc été les bienvenues, afin de protéger le salarié, d'une part, et de circonscrire l'éventuelle déloyauté susceptible de résulter de son embauche ultérieure, d'autre part. D'ailleurs, la directive évoque souvent la liberté des travailleurs, notamment à son article 1, 3°, en vertu duquel le texte ne doit pas « limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions »⁸¹. Certes, une jurisprudence constante distingue les connaissances subjectives propres au salarié, qu'il pourra continuer à utiliser après son départ, des connaissances objectives revenant exclusivement à son employeur⁸². Certes, il est interdit au salarié de divulguer un secret de fabrication⁸³ et le standard de la loyauté dans les usages du commerce déterminera si un salarié pouvait, ou non, mettre en œuvre un savoir-faire acquis auprès d'un ancien employeur dans de nouvelles fonctions⁸⁴. Mais la frontière entre la liberté du salarié et la protection du secret des affaires de son employeur n'en demeure pas moins floue et aurait mérité une armature plus fournie.

25. Par ailleurs, il faut noter que l'obtention licite, comme prévue au nouvel article L. 151-3, 2°, du code de commerce, en faveur de l'ingénierie inverse, pourrait s'avérer problématique dans le domaine des logiciels. Rappelons que l'ingénierie inverse consiste à « réaliser à partir d'un produit tiers, matériel et/ou logiciel, différentes formes d'observations, de tests, de déconstructions, dans le but d'extraire, de comprendre, de reproduire, de modifier, tout ou partie des données techniques qu'il contient »⁸⁵. Or le droit d'auteur des logiciels réserve un sort particulier à la décompilation, laquelle constitue une forme d'ingénierie inverse destinée à l'obtention du code source d'un programme à partir de sa forme exécutable et implique une reproduction du code, autrement dit une contrefaçon⁸⁶. La décompilation n'est licite que si les conditions posées par l'article L. 122-6-1 du code de la propriété intellectuelle, issu lui-même de la transposition de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, sont remplies. Cette licéité de la décompilation est en particulier subordonnée à son but : elle doit être réalisée à fin d'interopérabilité⁸⁷. L'autorisation de décompiler constitue une exception au droit d'auteur, et cette exception, invocable à certaines conditions, ne devient en aucun cas un « droit de décompiler ». En contraste, l'article L. 151-3, 2°, instaure une sorte de droit à l'ingénierie inverse plus étendu que ne l'est l'exception de décompilation du droit d'auteur et qui, en particulier, n'est pas circonscrit par des contours aussi étroits que cette dernière⁸⁸. Le décalage entre l'exception de décompilation du droit d'auteur et le droit à l'obtention licite du secret des affaires ouvre la porte à des contentieux. Il sera loisible de prétendre qu'on n'avait pas souhaité accéder au code source d'un logiciel, mais qu'on avait seulement souhaité débusquer un savoir-faire conformément à l'article L. 151-3. Ce conflit susceptible d'opposer les dispositions relatives au secret des affaires et celles relatives au droit d'auteur pourrait susciter des difficultés lors de la mise en œuvre de la protection.

II - Mise en œuvre de la protection du secret des affaires

26. La loi offre des moyens spécifiques destinés à faciliter la mise en œuvre de la protection (A) tout en précisant les conséquences de cette mise en œuvre (B).

(77) Contrairement à la proposition de loi du 16 juill. 2014 qui écartait seulement la mise en cause de leur responsabilité civile. V. D. Schmidt, Secret des affaires et liberté d'expression, D. 2015. 369. (78) V., sur le régime applicable aux salariés en la matière, A. Martinon, Secret des affaires et droits des parties à la relation de travail, in La protection des secrets d'affaires : perspectives nationales et européennes, préc. p. 60. V. égal. L. Desautettes, *Employees, Trade Secrets and Restrictive Covenants in France*, in *Employees, trade secrets and restrictive covenants*, ss la dir. de C. Heath et A. Kamperman Sanders, Wolters Kluwer, 2017, p. 138. (79) Baker & McKenzie, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, avr. 2013, p. 128. (80) Paris, 9 avr. 1992, PIBD 1992. III. 570. (81) Nous la retrouvons également tout au long des considérants (consid. 13, 14, 18, 21 et 30). (82) Com. 27 mai 2015, n° 14-50.042, AJCA 2015. 375, obs. J.-D. Bretzner ; Paris, 5 mai 2004, *Rexam Dispensing Systems SAS c/ MT Packaging SAS et autres*, Juris-Data n° 2004-241243 ; TGI Paris, 31 mars 2017, n° 11/07054, *Laboratoires Choisy c/ Chauvette et Tri-Texco*. (83) Crim. 12 juin 1974, n° 73-90.724, PIBD 1974. III. 399. (84) Paris, 7 oct. 2005, n° 2002/03956, PIBD 2006. III. 688. (85) B. Warusfel et M. Dhenne, La propriété intellectuelle face à l'ingénierie inverse, Prop. intell. 2016, n° 58, p. 20. (86) M. Vivant, Ingénierie inverse, ingénierie perverse ?, JCP E 1991. I. 56. (87) V., sur cette notion, Civ. 1^{re}, 20 oct. 2011, n° 10-14.069, D. 2011. 2595 ; RTD com. 2011. 760, obs. F. Pollaud-Dulian. V. égal. N. Binctin, Migration de données et interopérabilité, CCE 2012. Étude 6. (88) En ce sens à propos de la proposition de directive, B. Warusfel et M. Dhenne, La propriété intellectuelle face à l'ingénierie inverse, préc.

A - Les moyens de la mise en œuvre

27. La mise en œuvre de la protection sur un secret des affaires exige en principe de faciliter la preuve de l'atteinte (1) et d'encadrer la divulgation du secret au cours de l'instance (2).

1 - La preuve de l'atteinte

28. La loi de transposition n'établit pas plus que la directive de mesures conservatoires destinées à faciliter la preuve de l'atteinte. Les plaideurs n'auront d'autre possibilité que de se prévaloir du droit commun, en particulier aux mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile.

29. Or la protection du secret des affaires pourrait faire obstacle à de telles mesures d'instruction *in futurum*⁸⁹. Ces dernières, susceptibles de résulter de l'article 145 du code de procédure civile, permettent d'établir, avant tout procès, des faits dont pourra dépendre la solution d'un litige. Dans la pratique, l'article 145 autorise la communication de nombreuses informations et est couramment utilisé préalablement à une action en concurrence déloyale⁹⁰. Jusqu'à présent, la jurisprudence retenait que le secret des affaires ne constituait pas, en lui-même, un obstacle au prononcé d'une mesure d'instruction fondée sur l'article 145, à condition que les mesures « procèdent d'un motif légitime et [soient] considérées comme nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »⁹¹. Cependant, la protection instaurée par le nouvel article L. 153-1 du code de commerce sera désormais à même de justifier soit le rejet de telles mesures, soit la restriction de leur portée.

30. En tout état de cause, le recours à l'article 145 du code de procédure civile est insatisfaisant lorsqu'il s'agit de prouver l'atteinte à un secret des affaires. En application de ce texte, le contradictoire demeure le principe tandis que la voie *ex parte* demeure l'exception, et doit donc être justifiée. Cela est difficilement compatible avec l'exigence de la preuve de l'atteinte à un secret des affaires. De plus, cette mesure doit être effectuée avant tout procès au fond, alors même que ladite preuve peut nécessiter des mesures conservatoires en cours de procédure. Sans oublier que l'exigence d'un « motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige », au

cœur de l'article 145 du code de procédure civile, semble d'un poids excessif en la matière, puisqu'il s'apprécie par rapport à un éventuel litige pour lequel il faut apprécier autant la prévisibilité que la pertinence des faits à prouver⁹². Il n'existe en outre aucune obligation de se pourvoir au fond dans un délai raisonnable, comme pour la saisie-contrefaçon, afin d'éviter un recours abusif à ces mesures probatoires. *In fine*, en présence d'un secret des affaires, les juridictions aménagent l'application de l'article 145, par la mise sous séquestre et l'application du principe de proportionnalité⁹³, de telle sorte qu'on aboutit à un pâle faux-semblant de saisie-contrefaçon, la sécurité et l'efficacité en moins, au prix d'une instrumentalisation des mesures *in futurum*.

31. Ces insuffisances de l'article 145 du code de procédure civile amènent à déplorer que le législateur français n'ait pas profité de la transposition pour pallier cette absence de tout système *ad hoc* comparable à la saisie-contrefaçon que connaissent les droits de propriété intellectuelle. On aurait ainsi pu prévoir un tel système sous réserve pour le demandeur d'apporter des éléments de preuve raisonnablement accessibles permettant au juge d'acquiescer un degré de certitude suffisant quant à l'existence du secret et à sa détention, d'une part, et quant à l'atteinte, d'autre part. La mise sous séquestre serait alors régie par les textes et l'assignation au fond devrait intervenir dans un délai raisonnable à compter de la date à laquelle le procès-verbal de saisie a été dressé. Mais le nouvel article L. 151-2 du code de commerce laisse percer une lueur d'espoir en prévoyant que « la juridiction peut, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires ou conservatoires dont les modalités sont déterminées par décret en Conseil d'État ». Il reviendra donc au pouvoir réglementaire de « préciser les mesures spécifiques susceptibles d'être ordonnées, soit par le juge des référés, soit par le juge de la mise en état »⁹⁴. À défaut de mesures conservatoires, le législateur a néanmoins mis en place des mesures de sauvegarde du secret en cours d'instance.

2 - L'encadrement de l'instance

32. D'après une étude commandée par la Commission européenne, plus d'un tiers des entreprises ayant renoncé à agir en justice à la suite d'une atteinte à un secret des affaires l'auraient fait pour ne pas divulguer leur secret durant l'instance⁹⁵. Des règles ont ainsi été mises en place pour remédier à cette difficulté.

(89) V., sur ces mesures d'instruction *in futurum*, I. Desprès, Les mesures d'instruction *in futurum*, Dalloz, 2004 ; du même auteur, Retour vers le futur (l'article 145 du code de procédure civile), in Mélanges S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 693. (90) V. not. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84 ; D. 2007. 1590, obs. A. Fabre ; Dr. soc. 2007. 951, chron. J.-E. Ray ; RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot ; JCP E 2007. 2228, note J. Raynaud ; Civ. 2^e, 21 janv. 2010, n° 09-10.618, Bull. civ. II, n° 17 ; D. 2010. 2671, obs. J.-D. Bretzner. (91) Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 95-21.934, Bull. civ. II, n° 4 ; D. 1999. 34 ; Bull. Joly 1999. 666, note F.-X. Lucas ; Procédures 1999. Comm. 60, obs. R. Perrot ; 21 janv. 2010, préc. ; **Soc. 19 déc. 2012, n° 10-20.526, Bull. civ. IV, n° 2711 – merci de vérifier cette référence** ; Com. 10 févr. 2015, n° 14-11.909, Rev. sociétés 2015. 729, note N. Binctin. V. S. Pierre-Maurice, Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum*, D. 2002. 3131. Il revient néanmoins au juge de s'assurer, en application du principe de proportionnalité, qu'il n'existe pas de mesure plus adaptée qui n'impliquerait pas de divulgation du secret. V. Com. 5 janv. 1988, n° 86-15.322, Bull. civ. IV, n° 7 ; Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-27.845, D. 2017. 1370, et 2444, obs. Yvan Auguet ; Dalloz IP/IT 2017. 543, obs. O. de Maison Rouge ; RTD civ. 2017. 661, obs. H. Barbier. (92) G. Couchez et X. Lagarde, Procédure civile, Sirey, coll. Université, 17^e éd., 2014, p. 361, note 1. (93) B. Charlier-Bonatti, Procédures en matière commerciale et le secret des affaires, CCE 2014. Étude 8, spéc. n° 8. (94) Rapp. Gauvain, p. 34. (95) V. G. Decocq et A.-H. des Ylouses, Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles, JCP E 2016. 1456. V. égal. R. Dumas, Transparence du patrimoine et protection du secret des affaires, RLDA févr. 2012, p. 84.

33. Le nouvel article L. 153-1 du code de commerce énumère ainsi certaines mesures susceptibles d'être prises au cours d'une instance civile ou commerciale, lorsque le juge considère d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers que la communication d'une pièce peut porter atteinte à un secret des affaires. Le juge pourra décider de prendre connaissance seul d'une pièce ou, « s'il l'estime nécessaire », ordonner une expertise et solliciter l'avis des parties, « afin de décider s'il y a lieu d'appliquer les mesures de protection » (art. L. 153-1,1°). Lesdites mesures consistent notamment à « limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments » et à « en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé » ou à en limiter l'accès pour chaque partie « au plus à une personne physique et à une personne habilitée à l'assister ou à la représenter ». Le juge aura également la possibilité de tenir son audience en chambre du conseil puis d'adapter les motivations ainsi que la publication de la décision.

34. Outre les mesures énumérées à l'article L. 153-1, l'article L. 153-2 instaure une obligation de confidentialité qui interdit à toute personne l'utilisation ou la divulgation de toute information que contient une pièce « couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires » à laquelle elle aurait accès au cours d'une procédure. En présence d'une personne morale, cette obligation s'appliquera à son représentant. Cette obligation ne s'appliquera cependant pas aux représentants des parties dans leurs relations avec ces dernières, sauf dans le cas prévu à l'article L. 153-1,1°. L'obligation de confidentialité survivra à l'issue de la procédure.

35. Ces dispositions, qui transposent l'article 9 de la directive, présentent le mérite, à l'inverse de cette dernière, de généraliser la protection du secret des affaires à toutes les instances civiles et commerciales, et non pas seulement, comme le prévoit l'article 9, aux procédures judiciaires relatives à « l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires ». Cette généralisation permettra d'opposer le secret des affaires au prononcé d'éventuelles mesures *in futurum*, et ce même dans une instance qui n'aurait pas le secret pour objet.

36. Toute juridiction pourra connaître du contentieux en la matière. La procédure n'est soumise à aucune règle de compétence spécifique. Malgré la proximité entre le droit sur un secret des affaires et les droits de propriété intellectuelle, le législateur n'a pas souhaité en confier le contentieux exclusivement à certains tribunaux de grande instance⁹⁶, voire au seul tribunal de grande instance de Paris⁹⁷. On aurait pu pourtant tirer un bénéfice non négligeable de l'expérience de ces juridictions spécialisées en propriété intellectuelle,

qui connaissent déjà régulièrement de contentieux mettant en cause le secret des affaires. Les procédures impliquant des brevets et des savoir-faire devraient néanmoins drainer une partie importante du contentieux relatif aux secrets, en raison de la connexité les liant le plus souvent aux premiers⁹⁸.

37. Les règles de procédure spécifiques adoptées se rapprochent de celles s'appliquant devant l'Autorité de la concurrence⁹⁹ et, ce faisant, remettent en cause le principe du contradictoire dans les instances relatives au secret des affaires. En dépit de l'importance qu'elle revêt¹⁰⁰, cette remise en cause a suscité peu de débats de la part des parlementaires. Certainement aurait-il été souhaitable d'envisager d'en restreindre les effets en prévoyant une protection semblable à celle de l'article L. 463-4 du code de commerce, lequel permet au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de refuser la communication de pièces à une partie, « sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause »¹⁰¹. Cela étant, le rapporteur du texte au Sénat, à la suite des auditions, a mis en place certains garde-fous destinés à préserver les droits de la défense¹⁰². Ainsi, le texte précise que les mesures qu'il institue sont prévues « sans préjudice de l'exercice des droits de la défense ». De plus, si le juge peut prendre connaissance de pièces seul, c'est seulement pour décider de leur diffusion aux parties et non en substitution de ces dernières. Il a également été précisé, en reprenant les termes de la directive, que la restriction consistait dans l'accès restreint aux pièces, pour chacune des parties, « au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter » (et non l'accès restreint aux seuls avocats).

38. Saluons, par ailleurs, l'instauration d'une amende civile inédite d'un montant maximum de 20 % des dommages-intérêts demandés ou de 60 000 € en l'absence de telles demandes, qui sanctionne les procédures dilatoires ou abusives, prévue par le nouvel article L. 152-8 du code de commerce¹⁰³. L'objectif est de répondre aux inquiétudes des journalistes et des lanceurs d'alertes en faisant obstacle aux procédures dites « bâillons » dont l'unique but consiste dans la déstabilisation de l'adversaire par la multiplication des procès et des demandes de dommages-intérêts généralement très importantes¹⁰⁴.

39. Enfin, le risque d'une divulgation du secret des affaires devant une juridiction étrangère demeure, en principe, couvert par la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, dite « loi de blocage », qui prohibe, sous réserve de conventions régissant les échanges transfrontaliers, la transmission

(96) Comme pour le droit des marques, le droit des dessins ou modèles et le droit d'auteur : art. D. 211-6-1 COJ. (97) Comme pour le droit des brevets : art. D. 211-6 COJ. (98) Rapp. art. L. 615-17 CPI. (99) Baker & McKenzie, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, avr. 2013, p. 145. (100) V., soulignant cette difficulté, J. Lapousterle, *Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne*, D. 2014. 682. (101) C. Lemaire, *La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue*, JCP E 2006. 1161. (102) Rapp. Frassa, p. 47. (103) Rapp. Gauvain, p. 12. (104) Cette amende est notamment inédite du fait de son montant, qui est en principe plafonné à 3 000 € (art. 32-1, 88, 559, 581 et 628 c. pr. civ.).

d'informations à des autorités publiques étrangères dès lors que leur communication « est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public »¹⁰⁵. De fait, ce texte, qui vise ainsi les éventuelles demandes au cours de procédures de *discovery*¹⁰⁶, est rarement appliqué¹⁰⁷, ce qui explique en partie qu'il soit largement ignoré des autorités américaines¹⁰⁸ et anglaises¹⁰⁹. Eu égard à la faiblesse de ce dispositif, la loi de transposition constituait l'occasion d'adopter un texte de portée générale étendant la protection du secret des affaires à l'hypothèse envisagée à l'article 1^{er} de la loi de 1968. Quoi qu'il en soit, il demeure envisageable de moderniser cette dernière, notamment en restreignant son champ d'application de manière à le recentrer sur la protection du secret des affaires, d'une part, et en actualisant le *quantum* des peines, d'autre part¹¹⁰. Ce renforcement à l'international irait de pair avec le renforcement des sanctions sur le territoire français.

B - Les conséquences de la mise en œuvre

40. Le nouvel article L. 152-3 du code de commerce, qui transpose l'article 12 de la directive, prévoit qu'outre l'octroi de dommages-intérêts, la juridiction saisie peut interdire des actes d'utilisation et de divulgation du secret ainsi que des actes de production, d'offre et de mise sur le marché des biens résultant de manière significative de l'atteinte. Elle peut également ordonner la destruction totale ou partielle ou la remise du bien en infraction.

41. Le nouvel article L. 152-6 du code de commerce précise les éléments à prendre en considération lors de la fixation des dommages-intérêts. Ce texte, qui transpose l'article 14 de la directive, indique que cette fixation tient compte, distinctement, des « conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée,

y compris la perte de chance », « du préjudice moral subi par la partie lésée », et des bénéfices réalisés grâce à l'atteinte, lesquels comprennent « les économies d'investissements intellectuels, matériels, et promotionnels qu'il a retirées de l'atteinte ». Il est aussi prévu, à titre d'alternative, que le juge pourra accorder une somme forfaitaire prenant notamment en considération « les droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question », ladite somme n'étant pas exclusive d'une indemnisation du préjudice moral.

42. Ce système d'indemnisation est identique à celui existant en matière de contrefaçon depuis la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon. On retrouve dans cette dernière le terme « distinctement », qui est absent de la directive, et qui vise à s'assurer que le juge distingue chacun des chefs de préjudice en cause. On y retrouve aussi la notion d'économies d'investissements, également absente de la directive. Il n'est toutefois pas certain que cette notion présente un quelconque intérêt, dès lors que ces économies d'investissement aboutissent nécessairement à des bénéfices¹¹¹. Pire encore : elle renvoie au parasitisme¹¹², à tel point qu'en tenant compte de ces économies d'investissements on pourrait annihiler toute l'efficacité d'une sanction du parasitisme. La prise en compte des fruits de l'atteinte, comme cela avait d'ailleurs été suggéré précédemment à propos de la contrefaçon, aurait certainement été préférable et plus ambitieuse¹¹³.

43. Le mécanisme d'indemnisation établi par la loi du 30 juillet 2018 ne semble pas plus destiné à instaurer des dommages-intérêts punitifs que ne l'était le mécanisme d'indemnisation de la contrefaçon. Certains auteurs préconisent ce type de dommages-intérêts, qui renverserait le principe traditionnel de la réparation du préjudice en vue de dissuader l'auteur

(105) Art. 1^{er} de ladite loi. (106) A. Weissberg et K. Weissberg, La protection du « secret des affaires » des sociétés françaises face aux procédures de *discovery* américaines, LPA 2017, n° 114, p. 14. (107) La loi de blocage n'a été appliquée qu'une seule fois, dans l'affaire *Executive Lifwe*, avec la condamnation d'un avocat pour constitution de preuves durant une procédure étrangère. V. Crim. 12 déc. 2007, n° 07-83.228, D. 2008. 2820, obs. P. Delebecque ; Rev. sociétés 2008. 882, note D. Barlow ; Rev. crit. DIP 2008. 626, note D. Chilstein ; RTD com. 2008. 639, obs. B. Bouloc, et 903, obs. P. Delebecque ; JCP E 2008. 2016, note M. Danis. V. égal. N. Lenoir, Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité, RFDA 2014. 487. (108) Ainsi, selon la Cour suprême américaine, la sanction pénale prévue par la loi de blocage ne constitue pas une menace suffisamment crédible pour faire obstacle à la demande de production d'une pièce visant une entreprise. V. *Société Industrielle Aérospatiale vs US District Court*, 482 U.S. 522, 107 S. Ct. 2542 (1987). Les juges du fond ont adopté une position identique. V. *Adidas (Canada) Ltd vs SS Seatrain Bennington*, WL 423 (SDNY 1984) et *In re Vivendi*, WL 3378115 (SDNY 2006). V. égal. M. Gottridge et T. Rouhette, *France Puts Some Muscle Behind Its Blocking Statute*, *New York Law Journal*, 29 avr. 2008, vol. 239, n° 82 ; P. Grosdidier, *The French Blocking Statute, the Hague Evidence Convention, and the Case Law : Lessons for French Parties Responding to American Discovery*, disponible sur www.lexology.com. (109) La *High Court* s'est fondée sur l'ineffectivité de la loi de blocage pour rejeter son invocation par un défendeur français. V. *Queen's Bench Division (Commercial Court), Partenreederei M/S "Heidelberg" vs Grosvenor Grain and Feed Co. Ltd. and others*, [1993] I.L.Pr. 718 ; *Elmo Tech Ltd vs Guidance Ltd*, [2011] EWHC 98 (Pat). (110) Le rapporteur du texte au Sénat préconisait une telle modernisation. V. Rapp. Frassa, p. 21 et 22. V. égal. La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Mission du haut responsable chargé de l'intelligence économique. Rapp. du groupe de travail présidé par M. Claude Mathon, avocat général à la Cour de cassation, disponible sur www.claudemathon.fr (17 avr. 2009) ; P. Lellouche et K. Berger, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, Ass. nat., 5 oct. 2016, n° 4082, p. 121. L'art. 3 de la proposition de loi du 16 juill. 2014 prévoyait en ce sens de relever le *quantum* des peines. (111) V. notre article, La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, D. 2014. 1164. V. égal. en ce sens, C. Maréchal, La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, CCE 2014. Étude 11. V. *contra*, A. Latil, Les économies d'investissements du contrefacteur, CCE 2015. Étude 6. (112) R. Yung, Rapport sur la proposition de loi tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon, Sénat, 12 juill. 2011, n° 754, p. 38. Le Rapp. Yung précise qu'il convient de tenir compte des économies d'investissements parce que « le contrefacteur se livre le plus souvent à des activités de parasitisme puisqu'il cherche à s'approprier, de manière induue et déloyale, la réputation ou le savoir-faire d'un concurrent qui sont les fruits de plusieurs années d'investissements intellectuels (...) ». (113) L. Béteille et R. Yung, Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Sénat, 9 févr. 2011, n° 296, p. 32.

d'une faute délibérée particulièrement grave¹¹⁴. Il est vrai que l'atteinte au secret des affaires, comme la contrefaçon, est souvent constitutive d'une faute lucrative, c'est-à-dire que les conséquences profitables pour son auteur ne sont pas neutralisées par les dommages-intérêts¹¹⁵. D'ailleurs, en matière de propriété intellectuelle, depuis la loi du 29 octobre 2007, le législateur français paraissait se diriger vers une consécration des dommages-intérêts punitifs¹¹⁶, grâce à de nouveaux modes d'évaluation du préjudice¹¹⁷. Les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2014 prouvent néanmoins que le législateur français a exclu l'octroi de dommages-intérêts punitifs¹¹⁸. Il devrait donc en être de même en matière de secret des affaires.

44. Par ailleurs, le contrôle de proportionnalité de ces mesures par le juge, dont l'étendue est longuement décrite aux articles 7, 11, 2°, et 13, 1°, de la directive, se voit réduit à l'unique mention du caractère proportionné de la mesure. D'autant plus que l'objectif du nouvel article L. 152-3 est davantage de rappeler l'exigence de mesures effectives que leur proportionnalité. Le contrôle de cette dernière apparaît particulièrement réduit dès lors que les mesures ordonnées par le juge ont avant tout pour but d'« empêcher ou de faire cesser » l'atteinte. *A contrario*, aucun refus de mesure ne semble envisagé au cas où un contrôle de proportionnalité révélerait que d'autres intérêts que ceux de la victime de

l'atteinte au secret, tels que les intérêts de tiers ou l'intérêt général, devraient prévaloir. L'emploi du verbe « pouvoir » (« la juridiction peut »), lequel signifie que l'adoption de ces mesures est facultative et non obligatoire pour le juge, autorise néanmoins une interprétation conforme à la directive¹¹⁹.

45. La loi du 30 juillet 2018 n'incluant aucune disposition transitoire, elle est, conformément à l'article 2 du code civil, d'application immédiate, et, conformément à l'article 1^{er} dudit code, entre en vigueur le lendemain de sa publication, soit le 31 juillet 2018, sous réserve des dispositions nécessitant des mesures d'application¹²⁰. Ainsi, comme cela a été jugé en matière de contrefaçon¹²¹, la loi n'est pas rétroactive, ce qui implique notamment que la méthode de calcul des dommages-intérêts soit inapplicable en présence de faits antérieurs au 31 juillet 2018.

46. Au terme de cette étude, nous sommes bien obligé de constater que le législateur aura attendu quasiment deux années avant de commencer ses travaux de transposition, pour finalement œuvrer dans la précipitation, et aboutir à une transposition approximative et lacunaire, marquée par le refus de son rédacteur de profiter de la marge que lui offrait le texte européen. Il ne reste donc plus qu'à espérer que le pouvoir réglementaire peaufine quelque peu les contours de la protection du secret des affaires.

(114) H. Lécuyer, Indemnisation du préjudice en matière de contrefaçon : comment la loi nouvelle est-elle reçue ?, *Gaz. Pal.* 11 juin 2011, p. 15 ; G. Viney, Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile, *D.* 2009. 2944. V., pour une perspective européenne, H. Koziol, *Punitive Damages - A European Perspective*, *La. L. Rev.* 2008, vol. 6, p. 741. (115) R. Méza, La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ?, *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, p. 15 ; Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime, *JCP* 2012. I. 625 ; L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives, *D.* 2012. 2754. (116) P.-Y. Gautier, Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent, *D.* 2008. 727. (117) N. Binctin, La preuve de l'évaluation du préjudice, *CCE* 2010. Étude 7 ; J. Schmidt-Szalewski, La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, *Prop. ind.* 2007. Étude 22. (118) M. Delabarre, Rapp. sur la proposition de loi de M. Richard Yung et plusieurs de ses collègues, tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon, Sénat, 13 nov. 2013, n° 133, p. 17. Rapp. consid. 26 de la Dir. 2004/48/UE du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui exclut toute obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs. Cette absence d'obligation n'est cependant pas synonyme d'interdiction de telles mesures. V. CJUE 25 janv. 2017, aff. C-367/15, *Stowarzyszenie « Oławska Telewizja Kablowa » c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, disponible sur curia.europa.eu ; CCE 2017. Comm. 30, note C. Caron ; sur cet arrêt, V. égal., T. Gisclard, *Prop. ind.* 2017. Étude 15. (119) L. Desauettes, La transposition de la directive « secrets d'affaires » en droit français : une analyse de la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, *CEIPI Research Paper* n° 2018-03, p. 9. (120) Nous pensons en particulier aux mesures provisoires et conservatoires, pour lesquels le nouvel art. L. 152-4 c. com. prévoit expressément l'intervention ultérieure d'un décret. V. Rapp. Gauvain, p. 34. (121) Paris, 23 janv. 2009, n° 06/19530, PIBD 2009. III. 1141.