



Propriété intellectuelle Secret des affaires : une nouvelle protection de l'innovation

La transposition de la directive européenne sur les secrets d'affaires était attendue par les entreprises françaises désireuses de disposer d'un outil de protection pour leurs innovations se situant hors du champ de la propriété intellectuelle. Enfin transposée, la loi nouvelle instaure en droit interne un véritable régime de protection au moyen de mesures judiciaires ayant des points communs avec celles existantes en matière de contrefaçon.

En octobre 2017, nous avons eu l'occasion¹ de nous interroger sur la possibilité de protéger les algorithmes par le secret des affaires tel qu'il avait été défini le 8 juin 2016 par la Directive 2016/943 sur les secrets d'affaires² (la « Directive ») afin de pallier la difficulté de les protéger par le droit de la propriété intellectuelle³. Il était ressorti de cette analyse que, pour les créateurs d'algorithmes rassemblant les trois caractéristiques cumulatives du secret des affaires listées dans la Directive, les mesures judiciaires de protection et de réparation prévues par ce texte semblaient susceptibles de constituer un outil de protection plus efficace que les mécanismes de protection et de réparation traditionnellement utilisés pour les algorithmes.

Plus généralement, la protection par le secret des affaires telle que règlementée par la Directive ouvrait la perspective de disposer d'un outil juridique susceptible de protéger des actifs immatériels d'entreprises innovantes souvent cantonnés, de manière parfois simpliste, aux qualifications de simples « idées » non protégeables, et constituant pourtant de véritables innovations conférant à leurs titulaires un avantage concurrentiel.

Il fallait donc attendre la transposition de ce texte en droit national pour être en mesure de l'invoquer devant les juges nationaux. Elle est intervenue avec un léger retard⁴ avec la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires⁵. La nouvelle loi, validée par le Conseil constitutionnel le 26 juillet 2018⁶, a introduit un Titre V « *De la protection du secret des affaires* » au Livre Ier du code de commerce. Ce nouveau texte reprend la définition du secret des affaires retenue dans la Directive. Si le régime de protection du secret des affaires est repris de manière incomplète puisqu'il renvoie, s'agissant des mesures provisoires et conservatoires, à un décret qui n'a toujours pas été publié, la loi prévoit d'ores et déjà des mesures permettant aux titulaires légitimes de secrets des affaires de protéger leurs innovation.

Confirmation de la définition du secret des affaires dont la valeur commerciale peut être effective ou potentielle

S'agissant de la définition du secret des affaires, le législateur français a fait le choix d'une transposition strictement identique à celle de la Directive, fondée sur trois caractéristiques cumulatives⁷.

Ainsi, pour être qualifiée de secret des affaires (article L. 151-1 du code de commerce), l'information :

- ne doit pas être, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
- doit avoir une valeur commerciale effective ou potentielle ;
- doit avoir fait l'objet de mesures de protection raisonnables.

La nouveauté par rapport à la Directive repose sur la précision, au sein même de la définition, du caractère « *effectif* » ou « *potentiel* » de la valeur commerciale du secret des affaires, alors que dans la Directive, cette précision figurait dans un considérant⁸. En ce sens, le législateur a suivi la préconisation du Conseil d'Etat pour qui cette formulation reflétait mieux la conception européenne de cette notion et guiderait utilement l'interprétation des juridictions internes⁹. Ainsi, à titre d'illustration, les algorithmes, dont les calculs et la codification peuvent prendre plusieurs années avant d'être commercialement exploitables, peuvent être protégés

par le secret des affaires avant que leur valeur commerciale n'ait été éprouvée.

La loi nouvelle rend donc possible la protection de savoir-faire et d'informations commerciales non divulgués et se situant hors du champ de la propriété intellectuelle et n'ayant qu'une valeur commerciale potentielle : outre des algorithmes déjà évoqués ci-dessus, il peut s'agir d'informations relatives aux travaux de R&D, ainsi que d'informations commerciales qui ne semblent constituer que de simples idées et concepts non protégeables telles que par exemple des informations liées à la stratégie commerciale, au lancement d'un nouveau produit, à la mise en place d'un concept de magasin ou de vente innovant...

Dans ce cas, le secret des affaires peut servir de premier outil de protection en amont de la naissance de droit de propriété intellectuelle (par exemple, un projet de logiciel dont seul un projet d'architecture fonctionnelle non encore détaillée existe ; une fois rédigées, les spécifications fonctionnelles structurées, sous réserve d'originalité, seront protégeables par le droit d'auteur et une fois développés, les codes seront protégés par le droit d'auteur des logiciels, et pourront même être intégrés dans un objet connecté susceptible de protection par le brevet ; de même, les informations relatives au lancement d'un nouveau produit qui sera suivi par le dépôt d'une marque de commerce).

Le secret des affaires peut aussi être délibérément choisi comme une alternative à la protection par le droit de la propriété intellectuelle.

Ainsi pour des innovations brevetables, il arrive que le secret des affaires soit préféré à un dépôt par des entreprises (notamment des PME) car les conditions de protection sont beaucoup plus souples (absence de procédures administratives, de taxes, de limites territoriales, de durée de protection) et, surtout, car il permet d'éviter l'écueil principal du dépôt de brevet qui impose de publier l'invention, et rend de ce fait l'innovation connue de la concurrence¹⁰.

Reprise des mécanismes de protection de la Directive Secret d'affaires

Les usages licites et illicites du secret des affaires

La loi de transposition reprend en substance les usages licites et illicites du secret des affaires tels qu'ils ont été listés aux articles 3 et 4 de la Directive. Parmi les usages licites du secret des affaires identifiés (151-3 du code de commerce), il est ainsi notamment confirmé la pratique de l'ingénierie inverse (reverse engineering)¹¹ qui constitue déjà, en droit français, une pratique autorisée par le code de la propriété intellectuelle en matière de logiciel¹². L'article L. 151-3 du code de commerce prévoit que le détenteur du secret des affaires pourra toutefois limiter contractuellement la possibilité pour les tiers de recourir à cette pratique (« *sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret* »).

L'usage illicite du secret des affaires, pour sa part, est défini comme tout usage sans le consentement du détenteur légitime (c'est-à-dire, aux termes de l'article L. 151-2 du code de commerce, « *celui qui en a le contrôle de façon licite* ») et résultant d'un accès non autorisé à tout support contenant l'information secrète ou de tout autre comportement considéré comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale est qualifié d'usage illicite du secret des affaires (article L. 151-4 du code de commerce). Sont qualifiées d'illicites, une utilisation ou une divulgation faites en violation d'une obligation de confidentialité (d'origine légale ou contractuelle) ainsi que la « *production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires* » lorsque la personne a agi en connaissance de cause (article L. 151-5 du code de commerce).

Dans la droite ligne de la Directive, il n'est donc pas créé de droit privatif sur le secret des affaires ; un tel droit étant susceptible, selon les considérants

de la Directive, de limiter l'innovation et la libre concurrence¹³. Cela confirme ainsi, au niveau national, les limites déjà identifiées au stade de la Directive, s'agissant des usages licites et illicites qui, en l'absence de reconnaissance d'un droit exclusif, risquent d'être difficiles à démontrer en pratique. Il est regrettable que la Directive n'ait pas offert une plus grande marge de manœuvre aux Etats sur ce point.

Enfin, la loi nouvelle transpose également les exceptions à la protection du secret des affaires. Sont ainsi listés plusieurs cas dans lesquels un usage a priori illicite d'un secret des affaires pourra échapper au régime de protection des secrets des affaires (articles L. 151-7 à L. 151-9 du code de commerce). On peut noter à cet égard que le législateur français a spécifiquement visé le cas des lanceurs d'alerte (l'article L. 151-8 2° du code de commerce mentionne expressément l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique). Il semble toutefois peu probable que ce cas s'applique au domaine des innovations techniques telles que des algorithmes ; en revanche, les informations commerciales et stratégiques seront plus directement concernées.

Les outils de protection du secret des affaires

Le choix du régime de la responsabilité civile, l'exclusion de la responsabilité pénale

Pour ce qui concerne le régime de responsabilité, la Directive imposait aux Etats membres de prévoir un mécanisme permettant a minima une réparation civile (article 6) sans pour autant imposer le recours exclusif à un mécanisme de responsabilité civile. Les Etats membres avaient la possibilité d'opter pour un régime de responsabilité pénale, en sus du régime de responsabilité civile, ce que le législateur français a délibérément écarté (article L. 152-1 du code de commerce). L'idée d'une infraction pénale spécifique à la violation du secret des affaires était en effet à l'origine de l'échec des précédentes tentatives législatives d'introduction de la protection du secret des affaires en droit

français¹⁴, essentiellement du fait de la crainte des journalistes d'être poursuivis pénalement en cas de divulgation d'une information qualifiable de secret des affaires¹⁵. Cette position avait été recommandée par le Conseil d'Etat pour lequel le principe d'interprétation stricte de la loi pénale et le principe de légalité des délits et des peines entraînent en contradiction avec la définition large et peu précise du secret des affaires adoptée par la loi française¹⁶.

Concernant le choix du point de départ de la prescription (article L. 152-2 du code de commerce), la Directive laissait les Etats membres entièrement libres de déterminer le moment à partir duquel le délai de prescription devait commencer à courir (article 8). Toutefois, la proposition de loi, dans sa version initiale, ne comportait aucune référence à ce délai, renvoyant donc implicitement au droit commun de la prescription. Par un amendement de la commission des Lois du Sénat¹⁷, le choix a été fait de recourir à un délai de prescription de cinq ans, conformément au droit commun et d'en fixer le point de départ au jour de la commission des faits qui sont la cause de la violation du secret des affaires, ce qui étonne dans la mesure où le délai de prescription de droit commun court à compter de la connaissance des faits¹⁸. Si ce choix a procédé d'une volonté expresse de rapprocher le régime de l'action en violation du secret des affaires de celui de l'action en contrefaçon dans un souci de cohérence¹⁹, cette prescription dérogatoire au droit commun apporte en réalité une protection moindre par rapport au droit commun dans la mesure où l'obtention et l'utilisation illicite du secret par un concurrent peuvent se faire en toute discrétion et n'apparaître qu'au moment de la mise en circulation du produit, moment où l'action pourrait dès lors être déjà prescrite²⁰.

Les mesures judiciaires : le rapprochement du secret des affaires et de la propriété intellectuelle

Les mesures provisoires et définitives que le détenteur du secret des affaires lésé pourra demander au juge constituaient la principale nouveauté de la Directive (articles 10 à 12).

Mesures provisoires et conservatoires. L'article L. 152-4 du code de commerce prévoit que le juge peut, afin de « *prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires* », sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Toutefois, contrairement à la Directive, il n'est pas apporté plus de précisions sur la nature de ces mesures car la loi se contente de renvoyer à un futur décret en Conseil d'Etat²¹. Cela est regrettable dans la mesure où l'article 10 de la Directive détaillait clairement ces mesures :

- la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire ;
- l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins ;
- la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

Dans l'attente de ce décret, il faudra donc appliquer le droit commun des référés.

Injonctions et mesures correctives. L'article L. 152-3 du code de commerce détaille une série de mesures d'interdiction reprises fidèlement de la Directive (article 12), pouvant s'accompagner d'une destruction des biens en infraction :

- l'interdiction de la réalisation ou de la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;
- l'interdiction des actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins ;
- la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, leur remise totale ou partielle au demandeur.

Ceci confirme le rapprochement entre le régime de protection du secret des affaires des mécanismes déjà prévus en matière de contrefaçon.

En outre, comme dans la Directive, deux mécanismes, inconnus en matière de contrefaçon, sont prévus dans la loi de transposition :

- la prise en compte de la durée des mesures d'interdiction qui doit être alignée sur celle de l'avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte pourrait tirer de sa faute ;
- la possibilité de prononcer, à titre d'alternative aux injonctions et mesures correctives et à la demande de l'auteur de l'atteinte lorsqu'il est de bonne foi, une indemnité (article L. 152-5 du code de commerce).

Caractère proportionné. La loi ne transpose pas expressément les articles 11 et 13 de la Directive qui posaient le principe de proportionnalité des mesures provisoires et conservatoires et des injonctions et mesures correctives et selon lesquels le juge ordonnant ces mesures devait tenir compte de plusieurs critères pour évaluer leur caractère proportionné (la valeur du secret des affaires violé, les mesures prises par le demandeur pour protéger le secret, le comportement du défendeur, l'incidence de l'utilisation illicite, les intérêts légitimes des parties et des tiers, et l'intérêt public, ainsi que la sauvegarde des droits fondamentaux).

Toutefois, pour le Conseil d'Etat, ceci est sans incidence dans la mesure où le droit français est déjà conforme à la Directive sur ce point²².

Domages-intérêts. Tout d'abord, il est intéressant de noter que le législateur français a usé ici de sa marge de manœuvre en prévoyant une protection plus large que celle apportée par la Directive qui réservait l'octroi de dommages-intérêts au seul cas dans lesquels l'auteur de l'atteinte au secret des affaires était de mauvaise foi. En ne reprenant pas ce critère d'intentionnalité, la nouvelle loi met ainsi en place une protection plus étendue (article L. 152-3 du code de commerce).

Ensuite, pour l'évaluation des dommages-intérêts, l'article L. 152-6 du code de commerce transpose les dispositions de l'article 14 de la Directive qui définissait les « *facteurs appropriés* » devant servir à l'évaluation du préjudice et sa réparation. Ces « *facteurs appropriés* » étaient une reprise quasiment à l'identique des « *aspects appropriés* » prévus, en 2004, pour la réparation du préjudice des actes de contrefaçon, par la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (article 13)²³.

L'article L. 152-6 du code de commerce est ainsi rédigé de manière quasi identique aux articles du code de la propriété intellectuelle relatifs au calcul des dommages-intérêts en matière de contrefaçon²⁴. Il est prévu que le juge devra « *distinctement* » prendre en considération pour l'évaluation des dommages-intérêts :

- les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner et la perte subie, y compris la perte de chance,
- le préjudice moral de la partie lésée,
- les bénéfices réalisés par le contrevenant, y compris les économies d'investissement intellectuels, matériels et promotionnels.

Pour le Conseil d'Etat²⁵, ces dispositions transposent convenablement l'article 14 de la Directive, tel qu'éclairé notamment par son considérant 30²⁶, lequel n'impose pas l'instauration de dommages et intérêts dits punitifs.

Enfin, comme en matière de contrefaçon, le juge pourra, à titre d'alternative, fixer forfaitairement le montant des dommages-intérêts à la demande de la partie lésée (alors que la Directive prévoyait cette possibilité dans les « *cas appropriés* »). Sur ce point, il est intéressant de relever qu'en matière de contrefaçon, les juges de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont eu l'occasion, dans un arrêt rendu le 27 février 2018, de rappeler qu'une cour d'appel ne pouvait octroyer une indemnisation forfaitaire que si elle en avait été saisie par la partie lésée et qu'à défaut d'une telle demande de la partie lésée, les juges du fond étaient tenus de s'expliquer

sur les critères pris en considération dans l'appréciation des différents chefs de préjudice, conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle qui imposent de prendre en compte « *distinctement* » les différents critères d'évaluation du dommage²⁷. Sur l'évaluation du forfait indemnitaire, contrairement à ce qui est prévu en matière de contrefaçon pour l'allocation de cette somme forfaitaire, l'usage du terme « *notamment* » laisse entendre que le juge pourra prendre en compte des critères autres que les seuls « *droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires* ».

Malgré cette dernière différence, l'application de ces critères devrait être quasiment la même qu'en matière de contrefaçon. À la nuance près (et significative) que les juges devront prendre en compte la spécificité du secret des affaires dont la valeur découle de son caractère secret. Cela signifie qu'en cas de violation, le secret est irrémédiablement perdu et on ne peut plus alors parler de simple atteinte²⁸.

La protection du secret au cours de l'instance

Afin d'assurer une effectivité à ce nouveau dispositif de protection, il est indispensable d'être en mesure de préserver la confidentialité du secret des affaires jusque devant le juge. Alors que la Directive n'imposait aux Etats membres de protéger le caractère confidentiel du secret des affaires qu'au cours des instances relatives à des usages illicites d'un secret des affaires, la loi, au contraire, étend cette protection à toute procédure juridictionnelle au cours de laquelle il est fait état d'une pièce dont il est allégué ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, suivant ici la recommandation du Conseil d'Etat.

Outre cette extension, les mécanismes assurant la confidentialité ont été transposés sans nouveauté aux articles L. 153-1 et L. 153-2 du code de commerce permettant ainsi au juge français de disposer de différentes mesures graduées de protection du secret au cours des échanges contradictoires (dispositifs

inspirés de ce qui existe en matière de pratiques anticoncurrentielles).

La création d'une amende civile en cas de procédure abusive

Enfin, la loi nouvelle prévoit, à l'article L. 152-8 du code de commerce, une sanction en cas de procédure dilatoire ou abusive conformément à ce que prévoyait la Directive en son article 7 selon lequel les Etats membres veillent à ce que l'autorité judiciaire puisse appliquer toute mesure appropriée de nature à sanctionner le demandeur qui engage une procédure judiciaire abusivement ou de mauvaise foi (sans plus de précisions quant à la nature des mesures). Ces mesures prennent en droit français la forme d'une amende civile qui ne peut être supérieure à 20% du montant de la demande de dommages-intérêts. À défaut d'une telle demande, l'amende ne pourra excéder 60 000 euros.

Il est en outre prévu (article L. 152-7 du code de commerce) la possibilité pour la juridiction d'ordonner toute mesure de publicité de la décision relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires (affichage, publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne), tout en veillant à protéger le secret des affaires dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du code de commerce.

Conclusion

La protection du secret des affaires constitue un nouvel arsenal original pour la protection des innovations se situant hors du champ de protection de la propriété intellectuelle.

Afin de ne pas limiter l'innovation et le jeu de la concurrence, ce nouvel arsenal ne crée pas un droit exclusif et pourrait sembler de ce fait moins protecteur que le droit de la propriété intellectuelle dès lors qu'il ne permet la protection du titulaire du secret des affaires que lorsque celui-ci est à même de prouver qu'il a pris toutes les mesures raisonnables de nature à préserver son secret. Toutefois, et malgré cette limite, les nouvelles mesures judiciaires de protection et de réparation désormais prévues en droit français

constituent un véritable outil de protection qui devrait être bien plus efficace que les mécanismes de protection et de réparation traditionnellement utilisés jusqu'alors par les entreprises pour protéger leurs innovations non protégeables par le droit de la propriété intellectuelle.

Pour assurer cette efficacité, il est crucial que les entreprises protègent leurs innovations en préservant en amont la confidentialité de leurs savoir-faire et informations stratégiques par des aménagements techniques et contractuels à mettre en place dans leurs procédures internes.

Audrey LEFÈVRE

Avocat fondateur

Sara BEN ABDELADHIM

Avocat

Cabinet Lefèvre Avocats

Notes

- (1) Voir à ce sujet notre précédent article : « Protection des algorithmes et secret des affaires », *Expertises* octobre 2017 n° 428.
- (2) Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.
- (3) Les juges nationaux considèrent de manière constante que les algorithmes pris en tant que tels relèvent du domaine des idées et des méthodes mathématiques et ne sont dès lors pas susceptibles de protection par le droit d'auteur ou par le droit des brevets. Voir notamment l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 septembre 2017 qui a rappelé de manière explicite que l'algorithme n'était qu'une « simple succession d'opérations ne traduisant qu'un énoncé logique de fonctionnalités » le rendant « insusceptible de protection » (CA Paris, Pôle 5, Chambre 11, 8 sept. 2017, n° 15/06329). La protection des algorithmes par la propriété intellectuelle était cantonnée à une protection indirecte par leur intégration à un logiciel ou une invention.
- (4) Article 9 de la Directive secret des affaires : la transposition en droit interne devait intervenir au plus tard le 9 juin 2018.
- (5) Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires publiée au JORF du 31 juillet 2018.
- (6) Décision n°2018-768 du 26 juillet 2018 du Conseil constitutionnel.
- (7) Alors que la Directive parle de « secret d'affaires », la loi a opté pour l'expression « secret des affaires », expression

utilisée par la jurisprudence française, tout en gardant la même définition que celle de la Directive (cf. ci-après), voir sur cette question Jean-Christophe Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD Com.* 2018 p. 643. Dans un souci de cohérence, il sera ici question de « secrets des affaires ».

- (8) Considérant 14 de la Directive secret des affaires : « Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. »
- (9) Avis du Conseil d'Etat du 15 mars 2018 sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.
- (10) Guide « Secret des affaires Comment bénéficier de la protection prévue par la loi du 30 juillet 2018 ? », rédigé par la CCI Paris Ile-de-France <http://www.cci-paris-idf.fr/>, en collaboration avec Maître Olivier de Maison Rouge, et l'appui de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) et la Fédération des industries mécaniques (FIM).
- (11) L'ingénierie inverse au sens de l'article L. 151-3 du code de commerce est la découverte ou création indépendante et l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit licitement en possession de la personne.
- (12) Article L. 122-6-1 III du code de la propriété intellectuelle : « La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer. »
- (13) Cf. Considérant n° 16 de la Directive : « 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. »
- (14) Rapport sur la proposition de loi de la commission des Lois de l'Assemblée nationale (675), n° 777 : « Nous avons notamment préféré que les mécanismes de protection et d'indemnisation du secret des affaires ne soient mis en œuvre que par la voie civile. L'idée d'une infraction pénale spécifique pour violation du secret des affaires, qui est sans doute à l'origine de l'échec des précédentes tentatives législatives, a ainsi été délibérément écartée. »
- (15) Propos de Monsieur le Député Raphaël Gauvain lors de la 12^e édition du Campus des avocats : « On avait également la possibilité de mettre en place un délit pénal, mais le Gouvernement était contre. On observe que les différentes tentatives passées échouaient parce que l'on passait à chaque fois par la voie pénale. L'argument choc des journalistes était justement de pouvoir se retrouver au tribunal correctionnel. Par conséquent, la voie civile est à privilégier. De plus, si nous sommes dans des configurations d'espionnage industriel ou de concurrence déloyale véritablement avérées, le procureur choisira d'agir par la voie pénale. » - <https://www.affiches-parisiennes.com/la-transposition-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-8171.html>
- (16) Cette position n'est cependant pas partagée par tous, voir par exemple Jean-Christophe Galloux, op. cit.
- (17) Rapport sur la proposition de loi de la commission des Lois du Sénat (n°388), n° 419
- (18) Article 2224 du code civil : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »
- (19) Rapport sur la proposition de loi de la commission des Lois du Sénat, op. cit. : « Aussi votre commission a-t-elle, à l'initiative de son rapporteur, adopté un amendement COM-17 afin de préciser les règles de prescription en matière d'action civile relative à une atteinte au secret des affaires, dans un souci de clarification et de cohérence avec les règles applicables en matière de propriété industrielle. Elle a ainsi prévu que les actions relatives à une atteinte au secret des affaires se prescrivaient par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause, en retenant le délai de droit commun de cinq ans et en prenant un point de départ fixe du délai de prescription, par analogie avec le droit de la propriété industrielle et les actions civiles en contrefaçon, à compter des faits qui sont la cause de l'atteinte, s'écartant ainsi du droit commun, lequel prévoit un délai à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Les règles de prescription des actions en contrefaçon et des actions pour atteinte au secret des affaires seraient dès lors identiques, avec un délai de cinq ans et un point de départ du délai à compter des faits qui sont la cause de la contrefaçon ou de l'atteinte. »
- (20) Thibault d'Alès et Olivia Sicsic, *JCI Commercial*, Fasc. 24 – Actualité : « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée », sept. 2018
- (21) Initialement, la proposition de loi de transposition ne visait pas les mesures provisoires et conservatoires. Cet article a été ajouté à la suite de l'avis du Conseil d'Etat qui a estimé que si la loi traite des injonctions et mesures correctives pouvant être prononcées au fond, elle devrait également traiter des mesures provisoires et conservatoires, bien que cela relève normalement du domaine du décret et non de celui de la loi.
- (22) Avis du Conseil d'Etat du 15 mars 2018, op. cit.
- (23) Cette directive a été transposée en droit français par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, modifiée par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.
- (24) Voir par exemple l'article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle.
- (25) Avis du Conseil d'Etat du 15 mars 2018, op. cit.
- (26) Considérant 30 de la Directive Secret d'affaires : « (...) Le but de cette méthode alternative n'est pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs, mais de permettre une indemnisation fondée sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le détenteur du secret d'affaires, tels que les frais d'identification et de recherche. La présente directive ne devrait pas empêcher les États membres de prévoir dans leur droit national des dispositions limitant la responsabilité des travailleurs pour les dommages causés lorsqu'ils n'ont pas agi intentionnellement ».
- (27) *Cass. crim.*, 27 févr. 2018, n° 16-86881
- (28) Jean-Christophe Galloux, op. cit.