

DÉCRET DU 11 DECEMBRE 2018 : LE DROIT DU SECRET DES AFFAIRES EST EFFECTIF, LES PRINCIPES DU CONTRADICTOIRE ET DE LA PUBLICITÉ DES JUGEMENTS AMÉNAGÉS POUR LE PRÉSERVER

16 janvier 2019

Thomas CUCHE | Associé

Charles BOUTHIER | Collaborateur

Deux ans après la Directive n°2016/943 harmonisant la protection du secret d'affaires au sein de l'Union européenne, le décret n°2018-1126 du 11 décembre 2018, pris en application de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 transposant la Directive, marque la véritable entrée en vigueur d'un droit français du secret des affaires. Le décret modifie également les règles applicables au principe du contradictoire dans les contentieux et à la publicité des décisions.

Pour rappel, la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 (ci-après « Loi ») avait introduit dans le Code de commerce un titre V consacré à la protection du secret des affaires, tout en renvoyant au Conseil d'Etat la tâche d'en fixer les conditions par décret.

Cet article a pour objet de revenir sur les principaux apports introduits par le décret n°2018-1126 du 11 décembre 2018 (ci-après « Décret »).

Les mesures provisoires et conservatoires pouvant être prononcées

Ces nouvelles mesures sont applicables afin de prévenir une atteinte imminente ou de faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires.

Pour y parvenir, le juge pourra prescrire, sur requête ou en référé, toute mesure provisoire et conservatoire, cette mesure devant cependant être proportionnée.

L'article R152-1-I du Code de commerce précise que le juge peut notamment interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires mais également interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits soupçonnés de résulter d'une atteinte significative à un secret des affaires, ou d'importation, d'exportation ou de stockage de tels produits à ces fins.

Enfin, le Décret introduit également la possibilité pour le juge, non prévue par la Loi, d'ordonner une saisie ou une remise entre les mains d'un tiers de produits pour empêcher leur entrée ou circulation sur le marché.

Le régime de ces mesures est donc pratiquement identique à celui applicable pour les Droits de Propriété Intellectuelle (ci-après « DPI »).

Instauration d'un mécanisme de garantie

Initialement non-prévue par le législateur, le Décret prévoit cependant que le juge pourra ordonner une constitution de garanties :

- Au demandeur ayant obtenu des mesures provisoires et conservatoires, pour qu'il puisse assurer l'indemnisation du défendeur ou d'un tiers touché par la mesure jugée ultérieurement infondée
- Au défendeur comme condition pour l'autoriser à poursuivre l'utilisation illicite soulevée par le demandeur, afin que le cas échéant, il puisse en assurer l'indemnisation si condamnation.

Suite aux mesures provisoires et conservatoires et aux mesures de garantie, le demandeur devra saisir les juges du fond dans un délai de 20 jours ouvrables ou 31 jours civils (si ce dernier délai est plus long), à compter de la date de l'ordonnance, et sous peine de caducité des mesures ordonnées.

Là aussi, ce régime de garantie est déjà connu en matière de DPI.

Placement sous séquestre provisoire des documents obtenus sur requête ou dans le cadre d'une mesure d'instruction

Conformément à l'article R153-1 du Code de commerce, le juge pourra ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'en assurer la protection du secret.

Il s'agit bien d'un placement sous séquestre provisoire car le défendeur aura un délai d'un mois pour saisir le juge d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance. Ce délai d'un mois s'appréciera à compter de la signification de l'ordonnance.

A défaut, la mesure de séquestre sera levée et les pièces appréhendées seront transmises au requérant.

Nouvelles règles de procédures relatives à la communication des pièces

Ces nouvelles règles s'appliquent pour un contentieux commercial ou pour un contentieux civil, dès lors que

la communication ou la production d'une pièce est demandée, et que le défendeur à cette demande (partie ou tiers) s'y oppose en invoquant la protection du secret des affaires.

Il ressort de l'article R153-3 du Code de commerce que, sous peine d'irrecevabilité, le défendeur devra alors remettre au juge :

- La pièce visée en version confidentielle et intégrale,
- Une version non-confidentielle ou un résumé de la pièce, et
- Un mémoire précisant les motifs qui confèrent à cette pièce le caractère d'un secret des affaires.

Le juge statuera ensuite sur le sort de cette pièce, sans audience (article R153-4 du Code de commerce).

Préalablement, le Juge aura eu la possibilité d'entendre séparément le détenteur de la pièce, assisté ou représenté par "*une personne habilitée*", a priori son avocat, ainsi que la personne qui demande la communication ou la production de la pièce. A la différence du détenteur, le Décret ne précise pas que cette personne pourra être assistée ou représentée, ce qui semble néanmoins inévitable, au moins lorsque la représentation est obligatoire.

Par ailleurs, les circonstances dans lesquelles ces dispositions devront être mises en œuvre devront éventuellement être clarifiées. On peut se poser la question de savoir comment articuler ces dispositions, qui doivent donc être invoquées à peine d'irrecevabilité, par exemple à l'égard d'une pièce déjà communiquée (spontanément) mais sous une forme biffée.

Dès lors, le juge aura trois possibilités :

- Refuser la communication de la pièce s'il estime qu'elle n'est pas nécessaire à la solution du litige (article R153-5 du Code de commerce)
- Ordonner la communication de la pièce dans sa version intégrale : (i) si la pièce est nécessaire à la solution du litige, (ii) même si cela peut porter atteinte à un secret des affaires, (iii) le juge demeurant cependant libre de décider des limites

d'accès à cette pièce, le Décret suggérant la mise en place d'un cercle de confidentialité (article R153-6 du Code de commerce)

- Ordonner la communication d'une version non-confidentielle ou un résumé de celle-ci selon ce qu'il estimera nécessaire à la solution du litige (article R153-7 du Code de commerce)

La décision du juge pourra :

- Si elle intervient avant toute instance au fond, faire l'objet d'un recours conformément aux articles 490 et 496 CPC ;
- Si elle intervient dans le cadre d'une instance au fond, (i) faire l'objet d'un appel du défendeur, dans un délai de quinze jours, si elle ordonne la communication d'une pièce ou (ii) faire l'objet d'un appel seulement avec la décision sur le fond lorsqu'elle refuse la communication de la pièce au requérant.

Notons également que l'appel est suspensif, et que l'exécution provisoire ne peut ainsi être ordonnée.

Confidentialité du jugement

Afin de protéger les secrets des affaires, y compris à l'issue de la procédure, l'article R153-10 du Code de commerce prévoit dorénavant que :

- À la demande d'une partie, un extrait de la décision ne comportant que son dispositif, revêtu de la formule exécutoire, pourra lui être remis pour les besoins de son exécution forcée ;
- Une version non-confidentielle de la décision, dans laquelle seront occultées les informations couvertes par le secret des affaires pourra être remise aux tiers et mise en ligne à disposition du public.

Enfin, en harmonisant le vocabulaire dans de nombreux textes législatifs ou réglementaires, le Décret nous rappelle que désormais, la protection du secret des affaires est un droit autonome devant être pris en considération en toute matière.

Liens vers la [Loi](#) et le [Décret](#).

AUTEURS



| Thomas CUCHE



| Charles BOUTHIER