

cause, assortie d'une mise en œuvre plus fréquente des expertises de tri, risque d'allonger significativement les procédures au fond – déjà exposées à la critique en raison de leur lenteur, notamment au regard des délais en vigueur dans d'autres juridictions européennes. Il appartiendra aux juges de faire preuve de vigilance pour ne pas glisser vers des procédures toujours plus longues, nuisibles à l'attractivité du système français en matière d'actions en contrefaçon, où le *forum shopping* est déjà bien

établi. Quant aux demandeurs, ils devront, dans l'intérêt de leurs propres actions, adopter une discipline visant à éviter de collecter un trop grand nombre de pièces dans leurs mesures d'instruction, afin de ne pas contribuer à l'inflation des délais de procédure. ■

Mots-Clés : Secret des affaires - Contrefaçon - Mesures d'instruction - Saisie-contrefaçon

4 La réparation de l'atteinte au secret des affaires



Guy JACQUOT,
expert près la cour d'appel de Paris,
président d'honneur de la Compagnie nationale
des experts judiciaires en finance et diagnostic,
président de la société Incent Valuation

La réparation de l'atteinte au secret des affaires fait l'objet de l'article L. 152-6 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018. L'objet de ce texte est d'en analyser les conséquences pour l'évaluation des dommages et intérêts dus à la victime.

Pour réaliser cette étude, on présentera successivement l'objectif de l'indemnisation prévue dans l'article L. 152-6, les chefs de préjudice qu'il définit et la démarche d'évaluation qu'on peut alors envisager d'appliquer.

1. L'objectif de l'indemnisation

1 - En France, le principe général d'évaluation des préjudices est celui de la réparation intégrale : « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »¹.

Dans cette approche, les dommages et intérêts perçus par la victime doivent correspondre à tous ses préjudices mais rien qu'à ses préjudices.

Dans l'article L. 152-6², la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 accorde un rôle différent aux dommages et intérêts, ne les limitant plus au seul préjudice de la victime.

Cet article dit, en effet, que pour fixer les dommages et intérêts, le juge doit prendre en considération, distinctement, non seulement « les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance » et « le préjudice moral causé à la partie lésée », mais aussi « les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte ».

La formulation est identique à celle qui figure dans le dispositif de lutte contre la contrefaçon qui prévoit que « pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement, 1/ les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2/ le préjudice moral causé à cette dernière ; 3/ Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits »³.

Le titre du chapitre où figure ce paragraphe⁴ montre que la possibilité laissée au juge de fixer des dommages et intérêts tenant compte des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, répond à un objectif d'efficacité de la lutte contre la contrefaçon.

Avec l'approche antérieure, reposant sur la réparation intégrale, les magistrats avaient, par exemple, des difficultés pour indemniser les situations où la contrefaçon portait sur des produits d'un niveau de gamme inférieur à ceux copiés, ou encore les situations où la victime, pour des raisons de confidentialité, ne pouvait pas expliquer de manière détaillée son préjudice.

1. Cass. 2° civ., 28 oct. 1954 : JCP 1955, II, 8765.

2. Chap. II, sect. 2.

3. L. n° 2014-315, 11 mars 2014, art. 2 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

4. « Dispositions relatives à l'amélioration des dédommagements civils ».

C'est donc manifestement dans un même objectif d'efficacité que le législateur a permis aux juges de sortir du principe général de réparation intégrale du dommage, en tenant compte des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires.

Il faut toutefois noter que si l'on se place d'un point de vue économique, la frontière entre le dommage subi par la victime et les bénéfices de l'auteur de l'atteinte au secret des affaires n'est pas toujours très nette.

En s'appropriant, par exemple, un savoir-faire secret, une entreprise acquiert un actif. Or, la valeur d'un actif dépend des revenus qu'il procure, ou qu'il peut être amené à procurer. Ce savoir-faire secret a donc non pas une seule valeur financière mais plusieurs : une valeur fonction des revenus qu'en retire celui qui l'exploite ; une valeur fonction des revenus que peut en retirer celui qui l'a dérobé ; une valeur fonction de ce qu'aurait pu percevoir son propriétaire s'il l'avait mis volontairement à disposition de l'auteur de la violation ; ou encore le prix de cession de cet actif à d'autres acteurs du marché.

Fixer les dommages et intérêts en fonction des bénéfices de l'auteur de l'atteinte au droit des affaires peut ainsi avoir, parfois, plus de sens que de les fixer par référence aux bénéfices perdus par la victime.

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 aborde cette question puisque l'article L. 152-6 dispose que « *la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée* ».

Cette possibilité d'une indemnité forfaitaire à laquelle peut s'ajouter un préjudice moral figure dans le dispositif de lutte contre la contrefaçon.

En revanche, si la loi sur le secret des affaires dit que l'indemnité tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires, celle sur la contrefaçon précise que l'indemnité est supérieure à ce montant.

Il faut rappeler que dans le cas des préjudices de contrefaçon, une approche courante et acceptée par les tribunaux consiste à calculer le préjudice de la victime en estimant les revenus qu'elle aurait pu retirer d'une licence accordée à l'auteur de la contrefaçon, en utilisant un taux de redevance de marché multiplié par un coefficient égal à 2 ou 3, conduisant ainsi à un montant supérieur à une licence « normale ».

Pour justifier ce coefficient, les évaluateurs, et les juges, insistent notamment sur le caractère forcé de la licence et les problèmes de stratégie (de marques, de brevets,...), qu'occasionnent pour la victime une concurrence non voulue.

Allant jusqu'au bout de l'idée, certains experts ont soutenu, pour l'instant à notre connaissance sans succès, que le taux de

redevance avec lequel la victime est en droit de calculer son préjudice est le taux qui annule la marge du contrefacteur.

La loi de n° 2018-670 du 30 juillet 2018 n'indique pas que l'indemnité doit être supérieure aux revenus d'une mise à disposition volontaire des secrets, mais elle ne dit pas non plus le contraire.

On peut donc penser que cette loi n'empêche pas l'application de la méthode dite de la redevance « indemnitaire » ou de la redevance « forcée » pour calculer le préjudice de violation du secret des affaires.

2. Les chefs de préjudice

2 - L'article L. 152-6 de la loi de n° 2018-670 du 30 juillet 2018 donne des exemples précis de chefs de préjudices. Il dit en effet que les dommages et intérêts sont fonctions :

- du manque à gagner de la victime ;
- des pertes qu'elle a subies ;
- de sa perte de chance ;
- de son préjudice moral ;
- des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires ;
- y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte.

Cette liste n'est pas exhaustive puisque l'article L. 152-6 indique que la juridiction doit prendre en considération toutes les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires.

A. - Manque à gagner et pertes subies

3 - Le manque à gagner et les pertes subies renvoient à l'article 1231-2 du Code civil qui dispose que « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...]* ».

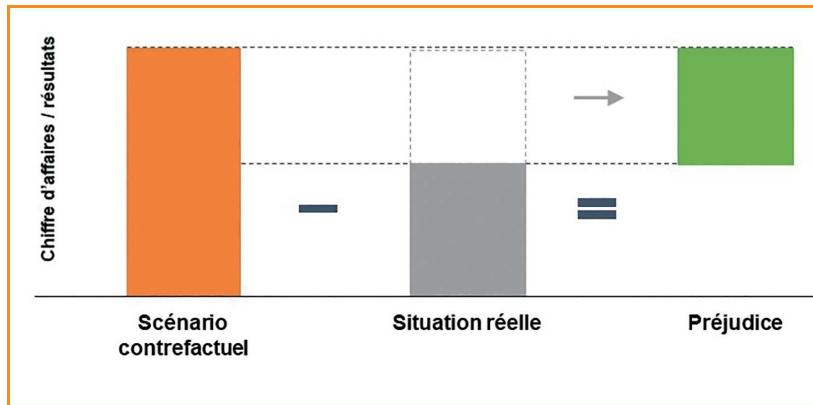
Les pertes subies peuvent être des coûts supplémentaires ou encore des destructions d'actifs.

Elles peuvent, comme les gains manqués, concerner le passé mais aussi le futur si l'impact de la violation du secret des affaires se poursuit après l'arrêt de l'infraction.

En pratique, définir et estimer les pertes subies par une victime et les gains qu'elle a manqués ou dont elle va être privée, conduisent à comprendre la faute d'un point de vue juridique, mais aussi économique, puis à identifier les conséquences de cette faute (i.e. les préjudices), et enfin à démontrer l'existence d'un lien de causalité directe entre la faute et les préjudices.

Elles conduisent, ensuite, à mettre en perspective la situation qui découle du dommage (la situation réelle), et la situation qui aurait pu exister en l'absence de dommage (situation « contrefactuelle »).

Le préjudice correspond alors à la différence entre la situation réelle et la situation contrefactuelle.



Analyse du préjudice de la victime par différence entre la situation réelle et la situation contrefactuelle

Si le dommage se poursuit après l'arrêt des actes frauduleux, ce mode de calcul du préjudice conduit à construire des prévisions concernant non seulement la situation contrefactuelle mais aussi la situation découlant du dommage.

B. - Pertes de chance

4 - La mention dans la loi de la perte de chance montre que le législateur a souhaité indemniser un éventail très large de chefs de préjudice.

Avec la perte de chance, la réparation est possible dès lors que l'on peut démontrer que la violation du secret des affaires a fait disparaître de manière certaine la possibilité pour la victime de bénéficier d'une éventualité favorable, par exemple la signature d'un contrat, la possibilité de réaliser un investissement plus rentable, la possibilité d'entrer sur un nouveau marché, etc.

Comme le rappellent notamment les fiches consacrées à l'évaluation de préjudice réalisées sous la direction de la cour d'appel de Paris, quand la perte de chance est établie, le juge va évaluer le préjudice en déterminant :

- les gains manqués par le demandeur du fait de l'absence de survenance de l'événement favorable empêché par le fait générateur ;
- la probabilité de l'événement favorable avant la survenance du fait générateur ;
- et en multipliant la valeur du gain manqué par la probabilité de son occurrence.

C. - Préjudice moral

5 - L'existence d'un préjudice moral des sociétés a été consacrée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 mai 2012⁵.

Les décisions relatives à la valorisation de ce type de préjudice montrent que les évaluateurs et les juges y incluent les conséquences des faits dommageables sur l'image ou la réputation de l'entreprise (impact externe), et sur le fonctionnement de l'entreprise et notamment sur son climat social ou encore sur sa capacité à recruter (impact interne).

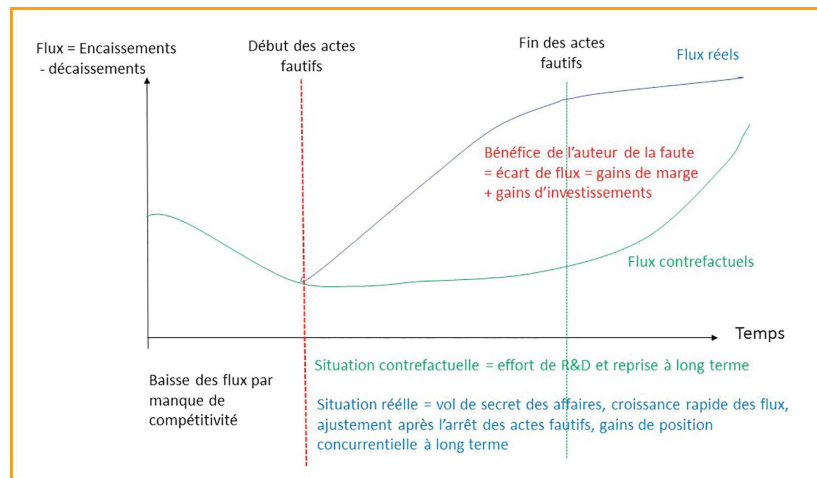
D. - Bénéfices de l'auteur de l'atteinte au secret des affaires

6 - En précisant que le calcul des bénéfices de l'auteur de l'atteinte au secret des affaires pouvait inclure les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte, la loi adopte une approche très économique.

Le vol des secrets d'affaires, comme la contrefaçon, permettent en effet à leurs auteurs non seulement de réaliser un chiffre d'affaires indu mais aussi de l'obtenir rapidement et sans avoir eu besoin d'investir en recherche et développement ou encore en *marketing*.

Comme pour estimer le préjudice de la victime, on doit estimer les bénéfices de l'auteur de la faute en comparant la situation réelle qui résulte de l'atteinte au secret des affaires, à celle qu'il aurait connue en l'absence de faute.

5. Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278 : *JurisData* n° 2012-010606. L'intérêt de cet arrêt tient à ce que la Cour de cassation s'est contenté de justifier sa position, en faisant seulement référence aux articles 1147, 1382 et 1383 du Code civil.

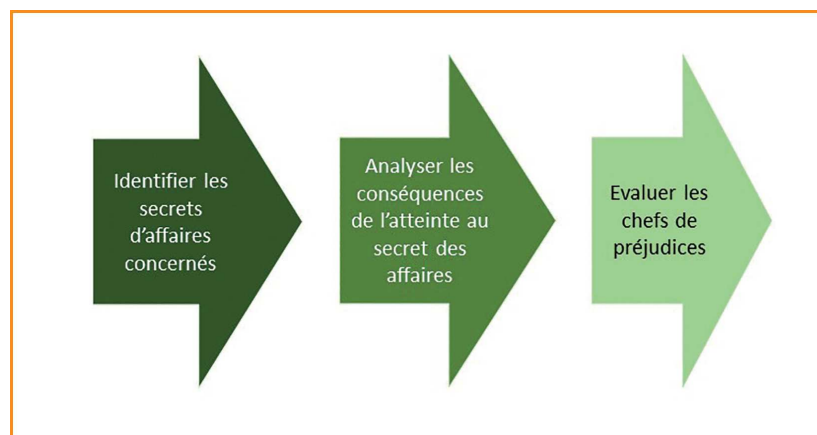


Exemple d'analyse des gains de l'auteur de la faute par différence entre la situation réelle et la situation contrefactuelle

3. La démarche d'évaluation

7 - Si la comparaison entre la situation réelle et la situation contrefactuelle constitue un principe que l'évaluateur doit toujours avoir à l'esprit dans les évaluations de préjudice, elle ne suffit pas à répondre *in concreto* aux différentes demandes de l'article L. 152-6 de la loi n° 2018-670.

L'évaluation des dommages et intérêts attachés à l'atteinte au secret des affaires s'inscrit nécessairement dans une démarche débutant par l'identification des secrets d'affaires concernés par le litige, se poursuivant par l'analyse des conséquences de l'atteinte au secret des affaires et se terminant par la réponse chiffrée aux différentes composantes citées par la loi (gains manqués, pertes subies, préjudices moraux, gains de l'auteur de la faute,...).



A. - L'identification des secrets d'affaires concernés par le litige

8 - L'article L. 151-1 de la loi n° 2018-670 dispose qu'est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

- « 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
- 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
- 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

L'analyse de cette définition et des questions juridiques et pratiques (notamment en termes de saisie et de tri des pièces) qu'elle soulève, sont présentées dans les autres articles de ce dossier.

Ce qu'on peut en retenir pour le calcul des dommages et intérêts, c'est que la notion de secret des affaires recouvre un très

grand nombre de types d'informations. Dans son guide pratique à l'usage des TPE/PME/ETI, la CCI de Paris cite notamment comme exemples de secrets des affaires :

- la R & D,
- la stratégie commerciale ;
- les projets d'acquisition d'entreprises ;
- le lancement d'un nouveau produit ;
- les fichiers client ou fournisseurs ;
- les procédés originaux ;
- les taux de marges ;
- les algorithmes ;
- les données commerciales stratégiques,...

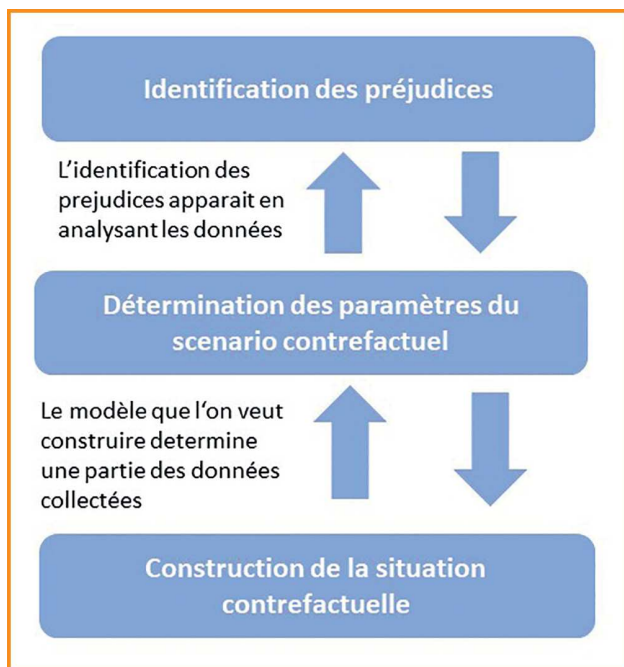
Or, les impacts négatifs sur la victime comme les gains de l'auteur de la faute dépendent des secrets d'affaires auxquels il a été porté atteinte, et de la nature de cette atteinte.

La première étape de l'évaluation consiste ainsi : à définir et à décrire, avec les experts de la victime et ses conseils juridique et technique, les secrets d'affaires concernés par le litige ; à expliquer leur rôle dans le modèle économique de l'entreprise ; et à

en faire le détournage par rapport aux autres informations secrètes ou non conservées par celle-ci.

B. - L'analyse des conséquences de l'atteinte au secret des affaires

9 - Au niveau des principes, cette étape renvoie à la construction du scénario contrefactuel présenté plus haut. Il s'agit d'un processus itératif qui doit être réalisé *in concreto* en définissant les chefs de préjudice et les paramètres du scénario contrefactuel.



Processus itératif de construction du scénario contrefactuel

La démarche fait appel à l'analyse stratégique de l'entreprise et de son marché, à la recherche de données comptables, financières et économiques et à la modélisation.

Pour construire le scénario contrefactuel, l'évaluateur pourra notamment se référer :

- à une époque antérieure au dommage, où la pratique fautive n'existait pas ;
- à une période postérieure au dommage, où la pratique fautive n'existe plus ;

- à ce qui se passe dans une zone géographique non touchée par le comportement fautif.

Il peut aussi croiser ces approches pour neutraliser l'impact d'autres causes sur les données des marchés de référence, en considérant par exemple, à la fois des périodes et des zones géographiques différentes (méthode de la double différence).

Cette démarche est nécessairement contingente à la qualité des données recueillies et à la précision des modèles utilisés. Ces limites ne remettent pas en question la possibilité d'indemniser le préjudice au nom d'un manque de certitude. La certitude qui conditionne l'indemnisation d'un préjudice concerne, en effet, son existence, et non sa quantification qui est, presque toujours, une estimation.

Dans ce contexte, le rôle de l'évaluateur, qu'il soit nommé par le tribunal ou expert d'une des parties, est de documenter au mieux le choix des hypothèses et de mettre en évidence, pour l'information du juge, le degré d'incertitude de ses calculs.

C. - L'évaluation des chefs de préjudice

10 - Comme on l'a souligné, l'évaluation qu'il faut réaliser concerne à la fois les conséquences négatives de l'atteinte au secret des affaires sur la victime, et les gains de l'auteur de cette atteinte.

Pour illustrer les questions d'évaluations soulevées par l'article L. 152-6 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, on considérera le cas fictif du laboratoire Phenix qui conçoit et fabrique des crèmes nourrissantes pour le corps de très haut de gamme. L'élaboration de ces crèmes repose sur une formule secrète en termes de composants, de dosage et surtout de processus de fabrication.

Le laboratoire Phenix découvre un jour en pharmacie une gamme de crèmes qui ressemble beaucoup à la sienne en termes d'avantages produits, bien qu'elle soit 30 % moins chère, et apprend que cette gamme a été créée par un de ses anciens directeurs de laboratoire.

Après plusieurs mois de guerre commerciale, une saisie montre que ce directeur a emporté la formule secrète de son ancien employeur et l'a utilisée pour élaborer la gamme de crème litigieuse. La saisie permet de constater qu'il a aussi emporté des documents comptables mentionnant les noms des fournisseurs, leurs tarifs, les coûts de productions de la victime et les taux de marges.

Le tableau ci-dessous présente la première analyse réalisée par Phenix des différents postes à valoriser pour estimer le montant des dommages et intérêts auquel elle a droit au titre de l'atteinte au secret des affaires.

Analyse du préjudice du laboratoire Phenix

	Conséquences économiques négatives pour la victime	Préjudice moral de la victime	Bénéfice réalisé par l'auteur de la faute	Droit d'autoriser l'utilisation du secret des affaires
Gains manqués/bénéfices indus	Perte de part de marché	Externe : atteinte à l'image d'innovation de la société	Prise rapide de parts de marché	Valeur du droit d'utiliser le secret des affaires
	Baisse des prix	Interne : désorganisation des services R & D et marketing		

	Conséquences économiques négatives pour la victime	Préjudice moral de la victime	Bénéfice réalisé par l'auteur de la faute	Droit d'autoriser l'utilisation du secret des affaires
Pertes constatéesÉconomies de coûts	Dépréciation de la valeur de la R & D	Externe : dépréciation de la valeur de la marque, surcoûts publicitaires pour la relancer	Économie de coût de R & D	
	Surcoûts salariaux pour faire face à la concurrence du nouvel entrant (marketing, R & D, etc.)	Interne : coûts de recrutements suite à la désorganisation	Économie de coûts de marketing	

1° Gains manqués et bénéfices indus

11 - L'évaluation des gains manqués est généralement réalisée en comparant la valeur actuelle nette des marges du scénario réel à la valeur actuelle nette des marges du scénario contrefactuel. Une première question récurrente dans ce calcul concerne la définition de la marge.

La pratique reconnue aujourd'hui est de considérer que le préjudice correspond à la perte de chiffre d'affaires diminuée des coûts économisés.

Avec : CA pour « chiffre d'affaires », SC pour « situation contrefactuelle » et SR pour « situation réelle »

Préjudice = (CA SC – coûts variables SC – coûts fixes) – (CA SR – coûts variables SR – coûts fixes)

Préjudice = (CA SC – CA SR) – (coûts variables SC – coûts variables SR) – coûts fixes + coûts fixes

Préjudice = perte de CA – coûts économisés

Une autre question de mise en œuvre de la méthode est celle du choix du taux à utiliser pour exprimer les données passées et les prévisions en valeur actuelle c'est-à-dire en valeur à la date de l'évaluation ou de l'indemnisation.

La pratique qui semble s'imposer est celle d'une actualisation des prévisions avec un taux traduisant le risque du secteur, et une capitalisation des gains manqués avec un taux traduisant le rendement qu'aurait pu obtenir la victime si elle avait réinvesti ces gains manqués.

2° Pertes constatées et dépréciations d'actifs

12 - Les pertes constatées peuvent être de toute nature : surcoûts salariaux, surcoûts *marketings*, etc.

Elles peuvent aussi inclure la dépréciation de la valeur de certains actifs et notamment des actifs correspondant à des secrets d'affaires comme des formules, des fichiers clients, des procédés, ou encore des données comptables.

Pour estimer la dépréciation de ces actifs il faut en premier lieu les valoriser. On peut alors utiliser trois grands types d'approches : par les coûts, par le marché et par les revenus.

Le premier type d'approche consiste à se référer aux coûts historiques de création de l'actif ou à son coût de recréation. Ces méthodes sont, par définition, applicables à des actifs que l'on peut reconstituer. Elles peuvent donc convenir à des informations que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu

retrouver en acquérant l'expérience de la victime, et dans ce cas on comprend que la valeur temps est une composante essentielle du préjudice.

Elles sont, en revanche, mal adaptées aux informations dont la valeur marchande tient à leur caractère secret.

Les méthodes de marché consistent à valoriser un actif incorporel à partir de son prix de vente sur le marché ou, plus fréquemment, à partir de sa valeur locative qui correspond, en général, à la valeur associée à la mise en licence de l'actif (méthode des redevances). L'article L. 152-6 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 prévoit explicitement ce cas dans son dernier paragraphe ⁶.

Les méthodes de revenus reviennent à valoriser l'actif incorporel (en l'occurrence l'information secrète), à partir des revenus qu'il est susceptible de générer.

La question qui se pose à l'évaluateur est alors celle de la possibilité d'évaluer de manière distincte, à partir des revenus, les différentes informations secrètes concernées par le dommage.

Ainsi dans notre exemple, il faudrait distinguer l'impact en termes de gains manqués, du vol de la formule, de celui de l'atteinte aux autres informations secrètes.

Réaliser cette analyse revient à se prononcer sur la contribution des différentes informations secrètes, et plus généralement des différents actifs incorporels de l'entreprise, à la génération des revenus futurs.

On retrouve ici une problématique usuelle dans les discussions relatives à la mise en place des systèmes de prix de transfert au sein des groupes transnationaux. Selon les principes de l'OCDE les flux intragroupes doivent prendre en considération les actifs (corporels et incorporels) que possède chaque entité, les fonctions qu'elles remplissent et les risques qu'elles assument.

Ces principes prévoient aussi que la rémunération de chaque actif incorporel tienne compte de sa contribution à la création de valeur du groupe.

Le tableau ci-dessous présente un mode d'analyse de la contribution des actifs incorporels à la valeur d'une activité. Le principe de cette approche est que la participation d'un actif incorporel à la création de valeur dépend de son rôle dans la réalisation des différents facteurs clés de succès de l'activité.

6. V. n° 1.

Analyse du rôle des actifs incorporels du laboratoire Phenix ⁷

Actifs incorporels de Phenix	Facteurs clés de succès de Phenix			
	Efficacité des produits	Image	Référencement	Innovation
	Prépondérant	Important	Important	Important
Marque	Permet de capitaliser sur l'efficacité	Rôle essentiel (support de l'image et vecteur de diffusion)	Crédibilise les demandes de référencement	Légitimise la diffusion des innovations
Formules	Assure l'efficacité des produits	Support de l'image de la marque	Crédibilise les actions commerciales	
Savoir-faire technique	Contribue à l'efficacité des produits			Rôle essentiel dans la génération d'innovations
Savoir-faire marketing et commercial	Fait connaître les avantages produits	Fait connaître l'image	Rôle essentiel dans le succès de la politique de référencement	Fait connaître les innovations
Réseaux de pharmacies		Renforce l'image	Renforce la capacité de référencement	

Le tableau ébauche une analyse qualitative de la contribution des actifs à la création de valeur. Pour chiffrer cette contribution il faut remplacer les différentes appréciations par des pourcentages ⁸.

3° Préjudice moral

13 - Avec la définition que nous avons donnée de ce préjudice, on voit que son évaluation repose sur les principes déjà mentionnés et qu'elle va s'exprimer en termes de gains manqués, de dépréciation d'actif (dépréciation de la valeur de la marque), et de surcoûts comme par exemple les surcoûts de communication nécessaires au rétablissement de l'image.

L'évaluateur doit, toutefois, vérifier qu'il ne compte pas deux fois les mêmes dommages, par exemple une fois au travers des gains manqués, et une autre fois au travers de la dépréciation de la valeur de la marque, puisque cette dépréciation s'explique par une réduction de la performance future.

Les deux préjudices peuvent toutefois être distincts. C'est le cas, par exemple, quand il est nécessaire de réaliser des investissements pour rétablir l'image de la marque, ou encore quand le préjudice de gains manqués est calculé sur un horizon limité, alors que les impacts du dommage vont se poursuivre à très long terme. C'est aussi le cas, par exemple, quand le dommage fait perdre à la marque sa capacité à pénétrer de nouveaux marchés en termes de pays ou de produits. Le préjudice de dépréciation d'un actif et le préjudice de gains manqués sont ainsi, ni totalement cumulatifs ni alternatifs.

4° Droit d'autoriser l'utilisation du secret des affaires

14 - L'article L. 152-6 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 indique en substance que la somme forfaitaire que peut fixer le juge tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question.

Cette formulation conduit donc à reconstituer les conditions d'une négociation entre le détenteur des secrets d'affaires et celui qui se les ait appropriés de manière fautive.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, dans les préjudices de contrefaçon, pour définir cette négociation virtuelle, on se réfère généralement à une méthode de redevance indemnitaire qui consiste à multiplier le chiffre d'affaires réalisé grâce à la contrefaçon, par un taux de redevance de marché, multiplié lui-même par un coefficient de licence forcée.

L'approche est théoriquement transposable au secret des affaires ⁹, pour autant que l'on puisse définir un chiffre d'affaires associé à la mise à disposition des secrets des affaires, et identifier un taux de redevance de marché pour ce type d'actif.

Quand ces conditions ne sont pas remplies, on peut envisager une autre approche fondée sur le rendement de l'actif.

L'idée de cette approche est que le droit d'utilisation peut se calculer en multipliant la valeur du secret des affaires par un taux de rendement (de marché ou majoré), multiplié lui-même par la durée d'utilisation de l'actif.

Conclusion

15 - L'article L. 152-6 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 met en place des principes de réparation de l'atteinte au secret des affaires comparables à ceux qui existent pour la contrefaçon en demandant à ce que les dommages et intérêts prennent en considération les conséquences négatives de la faute pour la victime et les bénéfices de l'auteur de la faute, et en prévoyant la possibilité d'une indemnité forfaitaire tenant compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser les secrets des affaires.

Il permet aussi au juge de prendre en considération une grande variété de chefs de préjudice de la victime (gains manqués, pertes constatées, perte de chance, préjudice moral) et une grande diversité de bénéfices de l'auteur de la faute (gains, économies de charges et d'investissements).

L'évaluation des dommages et intérêts dus à la victime d'une atteinte au secret des affaires suppose toutefois une collabora-

7. Cet outil, qui a fait l'objet de nombreuses publications, est issu des études que j'ai réalisées au sein du Cabinet Sorgem Evaluation.

8. V. par ex. l'évaluation financière des marques, Y. Krief et G. Jacquot, *La revue des marques* n° 99, juill. 2017.

9. Avec ou sans coefficient de licence forcée, V. § 1.

tion étroite entre le financier, le juriste et les « spécialistes métiers » pour :

- identifier les informations qualifiables de secrets d'affaires dont la captation peut faire l'objet d'une indemnisation ;
- comprendre le rôle économique de ces informations secrètes ;
- et comprendre l'impact économique de leur captation.

Elle nécessite aussi une analyse économique contrefactuelle, pour :

- documenter la situation réelle ;
- et documenter les hypothèses utilisées pour construire la situation contrefactuelle.

Cette évaluation doit, enfin, et ce n'est sans doute pas la contrainte la moins forte, être réalisée en respectant le caractère secret des informations concernées par le préjudice, ce qui suppose notamment une organisation de la communication des éléments du rapport d'évaluation aux parties lors d'une expertise de justice.

Ces caractéristiques plaident, à notre avis, en faveur d'une analyse et d'une valorisation financière préalables par les entreprises de leurs secrets d'affaires. ■

Mots-Clés : Secret des affaires - Atteinte - Évaluation - Réparation
Secret des affaires - Dommage - Préjudice - Perte de chance