



DROIT

DÉBATS DU CERCLE MONTESQUIEU 2019

L'importance de protéger le secret d'affaires

Assurer la bonne gestion des informations sensibles de l'entreprise, et par là protéger ses secrets d'affaires, est une des missions essentielles du directeur juridique. Un travail de plus en plus laborieux dans un monde économique globalisé et digitalisé. Près d'un an après la transposition dans le droit français de la directive "Secret des affaires", comment les directions juridiques doivent se saisir de cette loi ?



Céline Leroy, Charlotta Ljungdahl, Franck Bourgeois et Fabienne Clarac Huyghues Despointes ont expliqué comment tirer parti de la nouvelle protection du secret d'affaires.

La directive 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites dite "Secret des affaires", votée le 8 juin 2016 par le Parlement et le Conseil européens, a été transposée en France par la loi du 30 juillet 2018.

« Question timing, elle est un peu mal tombée car elle

a été camouflée par le RGPD et la loi Sapin 2 », confie Fabienne Clarac Huyghues Despointes, directrice juridique de Diagnostica Stago.

Quelles informations sont classées "secret d'affaires" ?

L'objectif de cette législation est de définir le secret des affaires et les conditions dans lesquelles sa protec-

tion est accordée. Le but étant d'établir un niveau suffisant, proportionné et comparable de réparation en cas d'appropriation illicite, dans tout le marché intérieur européen hyperconnecté et mondialisé.

Pour l'experte judiciaire Céline Leroy, associée du cabinet de conseil financier Eight Advisory, ce texte est « assez fin et de bon sens » car il impose aux entreprises

d'être en mesure d'expliquer en quoi telle ou telle information est importante pour elles et quels mécanismes de protection ont été mis en place.

En effet, la directive définit le secret d'affaires comme des informations répondant à trois critères cumulatifs : le secret « en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs élé-



ments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles » ; la valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ; et faire l'objet de « dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes » de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite.

La loi distingue et punit l'obtention, l'utilisation et la divulgation du secret des affaires. Évidemment, la protection du secret des affaires ne doit pas permettre de dissimuler des opérations ou des pratiques illicites.

Pour Franck Bourgeois, avocat associé du cabinet Eversheds, « ce nouvel arsenal législatif crée un risque supplémentaire d'exposition pour les entreprises car il ouvre une fenêtre d'utilisation abusive ». Les personnes ayant eu accès à des informations protégées par le secret des affaires, sans même le savoir ni l'avoir souhaité, seront désormais responsables civilement et devront payer à l'entreprise lésée une redevance.

Management et cartographie

« Dans les directions juridiques, on fait tous un peu du secret d'affaires sans le savoir », explique Fabienne Clarac Huyghues Despointes. Les juristes prennent effectivement souvent en charge la gestion des flux d'information entrant et sortant de l'entreprise.

Les intervenants mettent tous en avant l'importance d'établir une cartographie des secrets d'affaires, qu'il

s'agisse d'informations techniques, commerciales, économiques ou bien stratégiques, et de leur type de protection.

« Il y a trois volets à traiter en la matière : trouver l'information, la classer et la protéger », décrit Céline Leroy, associée du cabinet de conseil financier Eight Advisory. « Il y a beaucoup d'informations financières qui sont très sensibles et conduisent à entrer dans la stratégie de protection de la direction juridique », souligne-t-elle.

Pour bénéficier de la protection de la loi, l'information doit impérativement avoir fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances. C'est donc aux juristes de s'assurer que l'entreprise a bien mis en place des outils et process (classification, datation, règlement intérieur, protection du matériel informatique, sécurisation et cryptage, clauses de confidentialité...) visant à conserver la confidentialité de ses informations cruciales.

Les juristes doivent ainsi porter une attention particulière aux contrats de travail et y inclure des clauses de confidentialité ou de non-divulgateur, les fameuses "NDA" (non-disclosure agreement). « Aujourd'hui, on est débordé par les informations. Il faut pourtant connaître leurs valeurs pour l'entreprise, pourquoi elles sont sensibles et pour quelle durée. Cet exercice prend du temps mais il est très important », insiste Céline Leroy, en dénonçant le manque de prise de conscience de cette problématique. De fait, selon une enquête menée en mai 2018 auprès de 412 entreprises par le CROCIS, 57 %

des répondants estiment ne pas détenir d'informations stratégiques. Le champ du secret des affaires est donc largement sous-estimé par les dirigeants.

Secret d'affaires et propriété intellectuelle

Ce qui est certain, pour les juristes, est qu'il existe une complémentarité entre les droits de propriété intellectuelle (brevets, dessins, modèles, droits d'auteur) et le secret des affaires, dont la stratégie de management et protection doit être envisagée comme un tout.

La question majeure pour les directions juridiques est d'arriver à bien connaître les informations susceptibles d'être classées "secrets des affaires" et de mettre en place une stratégie autour.

« Ce qui peut être un peu risqué avec le secret est qu'on peut être bloqué par un concurrent ayant déposé un brevet », souligne Charlotta Ljungdahl, vice-présidente intellectual property chez Air Liquide, qui conseille

d'utiliser les dispositifs de propriété intellectuelle.

En revanche, il n'est pas toujours nécessaire de le faire, et parfois même impossible. « Certaines technologies comme le logiciel ne sont pas brevetables, seul l'algorithme l'est, donc parfois ce n'est pas la peine de déposer un brevet », explique l'experte.

« La faiblesse de cette loi est qu'elle ne prévoit aucune sanction pénale », considère la directrice juridique Fabienne Clarac Huyghues Despointes. « Contrairement à l'action en contrefaçon », rappelle Me Franck Bourgeois, soulignant ainsi qu'aujourd'hui la protection de la propriété industrielle est plus forte que celle du secret des affaires.

Cette dernière n'est devenue pour l'avocat qu'« une protection dégradée dans le sens du droit commun », puisqu'elle renvoie la responsabilité au détenteur de l'information à qui il revient d'avoir tout fait pour la protéger.

Anne Moreaux

Nouveau cadre légal de protection du secret d'affaires

- pas de sanctions pénales ;
- responsabilité civile avec dommages-intérêts calculés en fonction des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte ou à la demande de la partie lésée ;
- obligation de mettre en place des « mesures de protection raisonnables » des informations sensibles ;
- prescription de 5 ans à compter des faits ;
- n'entrave pas les droits fondamentaux, le droit du travail, le droit de la presse ou la liberté d'expression des lanceurs d'alerte ;
- moyens d'investigation mis à disposition du juge des requêtes et des référés.