

Secret des affaires : publication du décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 précisant les aspects procéduraux

Le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires pris afin de permettre l'application de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 a été publié le 13 décembre 2018 au Journal Officiel.

Ce texte particulièrement attendu précise les aspects procéduraux de la protection du secret des affaires, en offrant des solutions innovantes et pragmatiques, permettant de trouver un équilibre entre les différents intérêts en jeu tout au long de la procédure.

La très grande majorité de ses dispositions est entrée en vigueur au 14 décembre 2018.

Les apports de ce décret d'application sont de trois ordres :

- précision du contenu et du régime juridique des mesures provisoires et conservatoires que le juge peut prononcer sur requête ou en référé aux fins de prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires ;
- définition des règles de procédure applicables aux demandes de communication et de production de pièces ;
- harmonisation des dispositions et de la terminologie utilisée au sein des différents codes.

Nous évoquerons ci-après les principales innovations procédurales créées par le décret.

1. Les mesures provisoires et conservatoires de protection du secret des affaires

L'article R. 152-1-I du Code de commerce prévoit désormais que le juge peut prononcer « *toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée y compris sous astreinte* » afin de prévenir ou faire cesser une

atteinte illicite au secret des affaires

A cette fin, le décret prévoit notamment que le juge peut :

- interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation du secret des affaires ;
- interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation de produits soupçonnés de résulter d'une atteinte grave à un secret des affaires ;
- ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de façon à empêcher leur entrée ou circulation sur le marché.

Le décret précise et complète ainsi la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 en prévoyant la possibilité d'ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers pour empêcher leur entrée ou circulation sur le marché.

Par ailleurs, et de manière alternative aux mesures visées ci-avant, le décret innove et renforce les pouvoirs du juge en créant un mécanisme de « *security for costs* » très largement inspiré de la pratique des juridictions de Common Law^[1].

Désormais, le juge français peut donc ordonner la constitution de garanties soit :

- par le demandeur ayant obtenu l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires, si l'atteinte au secret était ensuite jugée infondée, afin d'assurer l'indemnisation du défendeur ou d'un tiers touché par les mesures ;
- par le défendeur comme condition permettant la poursuite de l'utilisation illicite alléguée.

Cette nouveauté paraît bienvenue en ce qu'elle semble s'inscrire dans une volonté de trouver une proportionnalité certaine entre l'atteinte au secret des affaires et les dommages pouvant résulter des mesures provisoires pour l'une et/ou l'autre des parties.

2. La mise sous séquestre provisoire des documents obtenus dans le cadre d'une mesure d'instruction *in futurum*

Lorsque le juge est saisi de manière non contradictoire afin que soit ordonnée une mesure d'instruction *in futurum*, il pourra « *ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires* » (Article R. 153-1 du Code de commerce).

Le décret introduit ici une nouveauté : cette mesure n'est que provisoire, « *si le juge n'est pas saisi d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance (...) dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision, la mesure de séquestre provisoire est levée et les pièces sont transmises au requérant* ».

A nouveau, cette innovation est particulièrement intéressante en ce qu'elle semble pouvoir permettre de ménager les intérêts du requérant et de son adversaire. En effet, en l'absence de demande formulée les pièces sont transmises au requérant. En cas de contestation, il appartiendra au juge d'entendre les parties sur cette

mesure de séquestre.

Enfin, il convient de souligner que cette nouvelle mesure est également applicable à la saisie-contrefaçon.

3. **La protection du secret des affaires dans le cadre de la communication de pièces**

Le décret crée les articles R. 153-2 à R. 153-9 du Code de commerce aux termes desquels la protection du secret des affaires est envisagée dans le cadre d'une communication de pièces au cours d'un contentieux civil ou commercial. Le décret précise la forme que doit prendre la demande de communication devant le juge ainsi que les pouvoirs du juge.

En particulier, il est intéressant de relever que :

- la partie ou le tiers qui invoque la protection du secret des affaires doit remettre dans un délai fixé par le juge, une version confidentielle intégrale de la pièce, une version non confidentielle ou un résumé, ainsi qu'un mémoire précisant les motifs lui conférant un caractère secret ;
- le juge statue sans audience sur la communication de la pièce et ses modalités ;
- lorsque le juge considère que la pièce n'est pas nécessaire à la solution du litige, il pourra décider de ne pas ordonner sa communication.

En revanche, lorsqu'il décide que la pièce est nécessaire en tout ou partie à la solution du litige, le juge pourra ordonner la communication d'une version non-confidentielle intégrale ou d'un résumé. Dans ce cas, le juge devra également désigner outre les conseils de la société, les personnes habilitées à avoir accès à cette pièce.

S'agissant plus particulièrement de la décision, le décret indique qu'elle est susceptible de recours dans un délai de 15 jours. Cependant, il doit être relevé qu'elle n'est par principe pas assortie de l'exécution provisoire.

Lorsque la demande de communication est formée au cours d'une procédure au fond, il est important de souligner que la décision ne pourra être contestée qu'en appel avec la décision sur le fond du litige.

A nouveau, l'on ne peut que souligner que le décret offre ici aussi une solution équilibrée entre les intérêts de chacune des parties.

4. **La confidentialité des jugements**

Enfin, le décret introduit un nouvel article R. 153-10 au Code de commerce selon lequel seule une version dans laquelle « *sont occultées les informations couvertes par le secret des affaires* » pourra être remise aux tiers et mise à la disposition du public sous forme électronique.

Le secret des affaires est donc ainsi protégé non seulement en cours de procédure mais aussi à l'issue de celle-ci offrant ainsi une protection optimale à son détenteur.

[1] La notion de “*security for costs*” est un concept issu de la Common Law par lequel une partie, le défendeur généralement, sollicite de la juridiction le versement d’une somme d’argent qui sera conservée par celle-ci afin de garantir le défendeur en cas de condamnation prononcée à l’encontre du demandeur. Le demandeur peut également formuler une telle demande afin de le garantir contre les demandes reconventionnelles formulées par le défendeur.

Soulier Avocats est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, nous vous invitons à consulter notre site internet : www.soulier-avocats.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.