

Vers une protection efficace du secret des affaires ?

Le 23 janvier 2012, l'Assemblée Nationale a adopté en première lecture la proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires. Ce texte, qui a vocation à s'inscrire aux articles 325-1 et suivants du Code pénal, vient apporter une définition juridique et une protection à la notion de secret des affaires, qui jusque là ne faisait l'objet que de traitements incidents et disparates.

L'article 325-2 du Code pénal projeté punit ainsi de 3 ans d'emprisonnement et 375.000 € d'amende la **révélation** non autorisée à un tiers d'une information protégée par l'entreprise et relevant du secret des affaires.

Une définition large des informations protégées

Au terme de l'article 325-1 du Code pénal tel que proposé, les informations protégées sont :

- des "procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique" ;
- quel que soit leur support ;
- "ne présentant pas un caractère public".

Cette définition de l'information protégée est particulièrement large et inclut non seulement les secrets de fabrication de l'entreprise ou son savoir-faire mais aussi ceux relevant de son organisation, de ses sources d'approvisionnement, de ses pratiques commerciales, de ses clients, de sa stratégie...

Une atteinte aux intérêts économiques de l'entreprise

Le texte ajoute une condition liée au préjudice, potentiel ou réel, résultant de la révélation à des tiers de telles informations, laquelle, pour être pénalement sanctionnée, doit être de nature à :

- "compromettre gravement les intérêts de cette entreprise",
- "en portant atteinte à son potentiel scientifique ou technique, à ses positions commerciales ou financiers ou à sa capacité concurrentielle".

Il conviendra ainsi de démontrer l'importance économique et/ou concurrentielle de l'information en question pour l'entreprise.

Key issues

- La proposition d'incrimination retient une définition large des informations protégées par le secret des affaires.
- Sa caractérisation requiert une atteinte aux intérêts économiques de l'entreprise.
- Les entreprises devront mettre en place une protection appropriée de leurs informations confidentielles.
- En l'état de la proposition de loi, le secret des affaires connaît néanmoins d'importantes limites.

La nécessité d'une protection par l'entreprise de la confidentialité de ses informations

Surtout, le texte limite sa protection aux informations secrètes qui, en plus de répondre aux conditions énoncées ci-dessus, auront fait l'objet au préalable "**de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci**".

Ces mesures devront être prises "*après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit*". Une délégation de pouvoir spéciale s'imposera donc en la matière.

Ces mesures de protection seront définies par décret en Conseil d'État. Elles pourront, par exemple inclure l'établissement d'une liste des personnes autorisées à prendre connaissance des informations protégées, la mise en place de dispositifs de cryptage et de codes d'accès, la centralisation des informations dans un même lieu... Plus généralement, il est probable que le décret impose à l'entreprise d'apposer un cachet ou une mention spécifiant clairement le caractère confidentiel et protégé d'une information sur son support.

Les entreprises ont donc ici une **obligation d'agir** en matérialisant la confidentialité et en la protégeant activement si elles veulent pouvoir invoquer, en cas de divulgation illicite de leurs secrets, les dispositions des articles 325-1 et suivants du Code pénal.

Si ces conditions sont réunies, le texte incrimine la révélation d'un secret à un tiers (i) par une personne qui en était dépositaire (salarié, mandataire social...) ou (ii) "*qui a eu connaissance de cette information*" ce qui inclut non seulement les partenaires de l'entreprise (sous traitants, consultants...) mais aussi ceux qui se rendraient coupables d'espionnage économique pour le compte d'un tiers (par exemple, les officines).

Opposabilité limitée du secret des affaires

La protection du secret des affaires n'a pas vocation à être générale et absolue. En particulier, elle ne saurait servir de paravent à des agissements illicites ou suspectés comme tels.

C'est ainsi qu'elle ne sera opposable ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre de poursuites pénales, ni aux "*autorités compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction*" (AMF, Fisc, Autorité de la Concurrence...).

De même le secret n'est pas opposable "*à celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions ou des manquements aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance*". Celui qui dénonce des faits illicites bénéficie donc d'une immunité en ce qui concerne l'article 325-2 du Code pénal.

Enfin, le secret des affaires ne sera pas plus opposable au juge civil qui pourra ordonner la production d'un document présenté comme relevant du secret des affaires, s'il considère que l'intérêt probatoire des pièces concernées doit prévaloir sur l'intérêt protégé par la confidentialité. Il semble aussi que le secret des affaires ne puisse être opposé dans le cadre d'un référé probatoire fondé sur l'article 145 du Code de procédure civile, ce qui réduit nettement la portée et l'efficacité du secret.

Conclusion

Cette proposition de loi devra nécessairement être précisée dans sa définition et sa portée pour lever un certain nombre d'incertitudes. Le fait que ni la tentative, ni l'utilisation illicite de l'information - telle qu'un détournement - ne soient incriminées soulève des questions quant à l'efficacité de l'incrimination. Le débat parlementaire est en cours (même si aucune date pour une première lecture au Sénat n'est encore programmée) et marque une évolution positive venant combler,

certes imparfaitement à ce stade, l'absence de protection spéciale du secret des affaires en France.

Auteurs



Thomas Baudesson
Avocat à la Cour

Membre du Conseil de l'Ordre

T: +33 1 44 05 54 43
E: thomas.baudesson
@cliffordchance.com



Charles-Henri Boeringer
Avocat à la Cour

Ancien Secrétaire de la Conférence

T: +852 2826 3517
E: charles-henri.boeringer
@cliffordchance.com



Emmanuelle Debouverie
Avocat à la Cour

T: +33 1 44 05 51 29
E: emmanuelle.debouverie
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS 50018, 75038 Paris Cedex 01, France

© Clifford Chance Europe LLP 2012

Clifford Chance Europe LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC323571

Registered office: 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

We use the word 'partner' to refer to a member of Clifford Chance LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.