

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique

Lawfare Law Review

Nº 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélie BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDRE, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participés Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



*TEUTATES [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

4. « Keep your secret secret » (Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires, C. com. art. L. 151-1 et s.). Concurrence déloyale et droits de propriété intellectuelle.

La frontière entre règles du droit de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle sont ténues et pas seulement au stade de la réparation¹. La Cour de cassation estime cependant que l'action en contrefaçon et l'action en concurrence sont deux actions distinctes dans la mesure où elles ont des objets différents, réprimer la violation d'un droit privatif, pour l'un, et poursuivre (indemniser ou faire cesser) la faute commise par une personne à l'encontre d'une autre ne disposant d'aucun droit privatif, dans l'autre². La difficulté se présente surtout lorsque on se trouve dans une situation dans laquelle un opérateur développe une activité autour d'éléments non protégeables par un droit de propriété intellectuelle : une recette de cuisine, un algorithme, un savoir-faire technique, commercial, financier, etc. En général, ces activités sont protégées par le secret dont la sanction s'opère par la voie du droit des contrats, si des clauses de secret ont été conclues, ou par la voie du droit de la responsabilité civile, c'est-à-dire un cas de concurrence déloyale, par parasitisme par exemple.

Depuis 2018, cette dernière situation a été particulièrement renforcée, au profit des opérateurs disposant de tels « secrets d'affaires ». L'information est déjà un peu ancienne au regard de la logique de cette chronique, mais quelques brefs rappels des enjeux permettent d'éclairer lecture et compréhension d'autres éléments d'actualité. La loi du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires a en effet créé les articles L. 151-1 et suivants du Code de commerce en ce sens³. Ainsi, l'article L. 151-1 du Code de commerce définit « l'information protégée » au titre du secret des affaires : « Est protégée au titre du secret des affaires

¹ Cf. S. Durrande, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale* : D. 1984, chron. 187. – J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, thèse, Paris II, 1998.

² Cf. Cass. com., 6 nov. 1984 : *Bull. civ.* 1984, IV, n° 297 ; Cass. com., 13 févr. 1992 : *Bull. civ.* 1992, IV, n° 66 ; Cass. com., 21 oct. 1997 : *Bull. civ.* 1997, IV, n° 278 ; Cass. com., 22 oct. 2002 : *JCP G* 2003, II, 10038, note D. Mainguy. – Adde J. Schmidt, *La distinction entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale dans la jurisprudence : RTD com.* 1994, p. 455

³ J.-C. Roda, « Secret des affaires, et si on avait manqué l'essentiel ? », D. 2018, p. 1318, Th. D'Alès et O. Sicsic, « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée » *JCP E* 2018, 1444 .

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 ». Les articles L. 151-2 et L. 151-3 du Code de commerce déterminent alors la « détention légitime et la divulgation licite » de ces secrets pour sanctionner, à l'inverse « la détention illégitime ou la divulgation illicite », aux articles L. 151-4, L. 151-5 et L. 151-6 du même code : « Art. L. 151-4. L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte : 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; 2° De tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale⁴. L'ensemble est alors sanctionné, sauf exceptions (C. com., art. L. 151-7 et s.), par des actions en réparation et/ou en cessation (C. com., art. L. 152-1 et L. 152-2), voire des mesures de prévention (C. com., art. L. 153-1 et 153-2), de publicité (C. com., art. L. 152-7). L'article L. 152-6 du Code de commerce, en outre, établit des critères de détermination du préjudice réparable tenant compte du préjudice économique, du préjudice moral mais aussi des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires

⁴ Adde : C. com., art. L. 151-5. « L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation. La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article ». C. com., art. L. 151-6 : « L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5 ».

Par ailleurs, si la protection du secret des affaires présente une importance capitale pour prévenir, faire cesser et réparer son atteinte, le risque est important de limiter un certain nombre de droits ou de liberté, ce dont les articles L. 151-8 et 9 rendent compte en considérant qu'il n'est pas opposable lorsque une atteinte au secret des affaires est utilisé pour exercer le droit à la liberté d'expression, s'agissant des journalistes, ou aux lanceurs d'alerte, pour la protection d'un intérêt légitime, notamment.

De nombreuses difficultés demeurent cependant, outre le flou entourant les caractéristiques du secret des affaires, sinon par une conception économique, celle de la « valeur commerciale, effective ou potentielle » du secret ou de l'existence de « mesures de protection raisonnables » visant à le protéger. On peut voir, ici, la source de nombreux contentieux post-contractuels, chaque fois qu'un secret sera invoqué, par un employeur, par un franchiseur, un industriel, pour contraindre son partenaire. Des difficultés surgissent également pour concilier le secret des affaires et les obligations spéciales d'information imposées par la loi, mais encore dans un cadre international, notamment dans le cas de litiges, privés ou criminels, impliquant des entreprises françaises, face à des enquêtes pénales ou des demandes de « discovery » parfois simplement utilisées pour avoir accès à des documents, éventuellement couverts, en France, par les dispositions des articles L. 151-1 du Code de commerce. La conjugaison de ces textes avec les « lois de blocages », sera, peut-être l'un des éléments importants de développement de ces règles (comp. *supra*, n°1 et 2). Plus prosaïquement, la question se posera en France face à des demandes de mesures d'instruction *in futurum*, dans la mesure où, jusqu'à présent, la jurisprudence considère que le secret des affaires n'est pas un obstacle à la mise en œuvre des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile⁵ et d'une manière générale dans le cadre des débats. L'article L. 153-1 du Code de commerce permet au juge, s'il estime que la pièce demandée mérite protection au titre du secret des affaires, d'en prendre connaissance seul et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne « habilitée », de limiter la communication à certains éléments ou que les

⁵ Cass. civ. 2e, 7 janv. 1999, n° 95-21.934 ; Cass. civ. 2e 8 févr. 2006, n° 05-14.198. Mais comp. anticipant la loi de 2018, Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 15-27.845, Sté Gan assurances c/ Sté Allianz IARD, censurant l'arrêt d'appel ayant rejeté la demande « 'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui incombaît, si cette mesure d'instruction, confiée à un tiers soumis au secret professionnel, n'était pas proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés GAN, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »..

débats et la décision sera prononcée en chambre du conseil. Demi-mesure (ou bien la question relève du secret, total, ou bien elle n'en relève pas) ou proportionnalité entre les intérêts des parties, le secret invoqué et la garantie d'un procès équitable : la sagesse des juges sera alors mise à rude épreuve si on admet que rien ne peut rattraper un secret divulgué.

D. Mainguy

**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N°1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)

***TEUTATES** [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**



**DYNAMIQUES
DU DROIT**
UMR 5815

