

COMMISSION JURIDIQUE APREF

SECRET DES AFFAIRES

Frédérique de La Chapelle, Mathilde Le Merle, Robert Herbecq, Julien Vigeoz
Juin, 2021

Résumé des travaux

La protection des secrets de l'entreprise est devenue une priorité compte tenu des avantages concurrentiels que peut procurer toute forme de connaissance des secrets des concurrents.

Cette protection a été prise en compte au niveau européen et national par l'introduction d'une loi du 30 juillet 2018 issue d'une directive européenne du 8 juin 2016 qui permet aux entreprises, sous certaines conditions, de bénéficier d'une protection qu'il nous a semblé utile d'exposer dans cette note en tenant compte des spécificités de ses apports en réassurance.

Les réassureurs peuvent en effet faire protéger celles de leurs informations qui ont une valeur commerciale et qui ne sont pas connues ou accessibles du public, si elles font l'objet de mesures de protection raisonnables.

Nous nous sommes donc interrogés sur le type d'informations qu'un réassureur pourrait considérer utile de soumettre à la protection de cette loi en prenant des « *mesures de protection raisonnables* ». Cela ressortira du choix de chaque réassureur, mais nous pouvons citer des informations telles que la politique de souscription et / ou guide de souscription, le guide de tarification, les bases de données des contacts Clients, les notes confidentielles, les contentieux et arbitrage en cours, etc.

Nous avons également souhaité attirer l'attention des réassureurs sur l'intérêt d'apprécier les éléments à protéger, sans toutefois inclure un trop grand nombre d'informations car cela risquerait d'amoinrir l'efficacité de la protection mise en place.

Nos préconisations visent donc à inciter les réassureurs à engager une réflexion sur le bénéfice qu'ils peuvent tirer de cette loi, et de créer un registre pour répertorier les informations à protéger, ainsi que mettre en place des mesures de protection pour ces informations.

S'agissant des accords de confidentialité, ils pourront aussi être protégés par la loi sur la protection du secret des affaires ce qui nous a conduit à proposer un exemple d'accord de confidentialité adapté à la réassurance.

A la suite de l'entrée en vigueur de cette loi "Secret des affaires", nous attirons également l'attention des réassureurs sur l'introduction de dommages et intérêts d'un nouveau type qui risque d'alourdir les risques

réassurés, s'agissant des garanties de responsabilité civile, si les garanties s'appliquaient pour ce type d'indemnités.

En effet, la réparation n'est plus seulement octroyée au regard du préjudice subi par la victime, puisqu'elle prend en compte les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires (concept de « faute lucrative »).

En outre, cette note examine les voies procédurales permettant au juge de faire respecter le secret des affaires tout en obtenant les informations nécessaires pour pouvoir statuer, puisqu'il peut par exemple prendre connaissance seul d'une pièce soumise au secret des affaires. Ces mesures offertes au juge sont d'ores et déjà utilisées par les Tribunaux.

Les Tribunaux peuvent aussi ordonner différentes mesures pour prévenir ou faire cesser les violations du secret des affaires. Ils peuvent par exemple ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique **couverts par** le secret des affaires, ou ordonner une procédure de rappel de produits qui résulteraient d'une atteinte au secret.

Pour éviter les abus, car le contentieux peut aussi être utilisé comme une arme, la loi prévoit le paiement d'une amende civile en cas d'utilisation abusive de cette nouvelle loi par un concurrent de mauvaise foi, amende dont le montant ne peut être supérieur à 20 % de la demande de dommages et intérêts ou, en l'absence d'une telle demande, à €60 000.

Pour compléter cette loi, une réflexion est actuellement menée sur la protection des entreprises françaises, notamment du fait de l'application extraterritoriale de lois étrangères, réflexion qui a donné lieu à un **rapport de l'Assemblée nationale sur la protection des entreprises françaises du 26 juin 2019**. **Des projets de loi sont à anticiper, bien qu'ils aient été retardés** du fait de la Covid 19.

Il nous semble important de suivre l'évolution et les impacts que ces mesures pourraient avoir pour les réassureurs dont l'activité est, par nature, internationale. La présente note évoque les quatre axes principaux de protection envisagés par ce rapport.

Sommaire

INTRODUCTION	4
PARTIE 1 – SUR LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES (Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 et décret d’application n°2018-1126 en date du 11 décembre 2018)	6
1. Principaux apports de la loi	6
2. Informations à protéger en réassurance et mesures raisonnables à mettre en place	7
2.1 Quelles informations peuvent être qualifiées de secret des affaires en réassurance ?.....	7
2.2 Quelles sont les mesures de protection raisonnables à mettre en place ?	8
3. Accords de confidentialité	8
4. Vers une nouvelle forme de dommages et intérêts ?	10
4.1 Vers des dommages et intérêts punitifs ?	10
4.2 Versement de dommages et intérêts alternatifs ou forfaitaires.....	12
5. Nouveautés procédurales	13
5.1 Respect du secret des affaires dans le cadre des procédures.....	13
5.2. Procédures visant à faire respecter le secret des affaires : les mesures d’injonction ou d’interdiction (prévention et cessation)	14
5.3. Sanction des abus procéduraux.....	15
PARTIE 2 – SUR LA PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITE DES ENTREPRISES FRANÇAISES ET EUROPEENNES.....	16
1. Enjeux du débat et extraterritorialité des lois.....	16
2. Loi de blocage	16
3. Confidentialité des consultations internes (avocat « in house »).....	17
4. Modification de la législation sur les données (RGPD).....	17

Note Aprel

INTRODUCTION

La protection des secrets des entreprises est devenue une nécessité même si elle fait l'objet de critiques de la part de ceux qui considèrent qu'une telle protection permettrait aux entreprises d'échapper à leur responsabilité. Pourtant, les entreprises doivent aussi, dans un monde de plus en plus concurrentiel, pouvoir protéger ce qui fait leur savoir-faire original et les informations afférentes.

La protection du secret des affaires est donc un sujet délicat dans la mesure où il s'agit d'assurer la protection des entreprises sans qu'elles échappent pour autant à leurs responsabilités légitimes. Elle s'inscrit aussi dans le cadre plus large de la protection des entreprises établies en France face aux voies judiciaires qui peuvent aussi être un moyen, pour des concurrents, d'espérer obtenir des informations auxquelles ils n'auraient pas dû avoir accès.

Récemment, le secret des affaires aurait été opposé par une entité publique, l'Agence du médicament (ANSM) dans le cadre de l'affaire du Levothyrox, ce qui a relancé le débat sur l'opportunité de cette protection¹.

Sur le **plan interne**, la directive n°2016/943/UE du 8 juin 2016 a instauré au sein de l'UE un cadre de protection des entreprises contre l'espionnage économique. Cette directive a été transposée en droit français par la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018. Le décret d'application n°2018-1126 date du 11 décembre 2018.

Avant cette réglementation, il n'existait en France aucune protection spécifique au secret des affaires qui n'était d'ailleurs pas défini. Il fallait donc aller chercher dans d'autres domaines du droit des protections qui n'étaient pas toujours adaptées.

Certaines dispositions de la directive ont fait l'objet d'une transposition stricte en droit français. En revanche, le choix politique a été fait (i) de ne pas prévoir de responsabilité pénale, compte tenu des infractions existantes et (ii) d'étendre l'aménagement du respect du secret des affaires à toutes les procédures alors que son étendue était plus limitée dans la directive.

La définition assez abstraite du secret des affaires est issue de la directive. Pour être protégée, l'information doit répondre 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 ;

¹ Publicsenat.fr 28 septembre 2018.

2. Elle revêt une **valeur commerciale**, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
et
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 informations ne seront confidentielles et donc protégées que si, en plus de n'être pas publiques ou facilement accessibles et d'avoir une valeur commerciale, elles font l'objet de mesures de protection raisonnables, ce qui donne le pouvoir au « détenteur légitime » des informations de déterminer quelles informations il entend faire protéger.

Il est donc essentiel d'analyser, dans le secteur de la réassurance, les intérêts d'une protection plus ou moins large des informations (et lesquelles), étant précisé que chaque réassureur devra arrêter sa propre position.

Ainsi, nous exposerons, dans la **Partie I**, les grandes lignes de la loi **(I.1)** pour nous interroger sur les spécificités de son application à la réassurance : détermination des informations qui mériteraient d'être protégées avec quelles mesures de protection **(I.2)** et proposition d'accord de confidentialité harmonisé en réassurance **(I.3)**.

Enfin, cette nouvelle loi prévoit un nouveau type de dommages et intérêts qui s'apparente à des dommages et intérêts punitifs qui risquent donc aussi d'impacter l'assurance directe et la réassurance **(I.4)**. De même, les modifications procédurales devront être appréhendées par les réassureurs **(I.5)**.

Sur le **plan international**, un rapport de l'Assemblée nationale² a récemment proposé des mesures supplémentaires visant à « rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale ».

En effet, certains Etats dont les Etats-Unis permettent, par l'application extraterritoriale de certaines lois et par leurs procédures de « discovery », d'obtenir de la part d'entreprises françaises des informations internes et confidentielles. La circulation des informations internes aux entreprises françaises n'est en effet pas protégée à l'égard des systèmes judiciaires, puisqu'aucune confidentialité n'est attachée aux opinions données par les juristes d'entreprise. Potentiellement, toutes les informations peuvent être versées dans des procédures américaines alors qu'aux Etats-Unis, il existe un « *legal privilege* » interne aux entreprises qui les protège donc au moins en partie, les documents et informations soumis à cette confidentialité ne pouvant être versés dans des procédures.

Ce rapport évoque des mécanismes complémentaires au secret des affaires pour protéger les entreprises françaises des procédures notamment américaines, tels que le renforcement de la loi de blocage de 1968 et la protection des données.

Ces nouvelles mesures, qui pourraient donner lieu à un projet de loi, méritent d'être analysées avec attention de manière à évaluer leurs effets pour le marché de la réassurance, notamment si une nouvelle modification de la directive sur la protection des données (RGPD) était proposée par le gouvernement (voir **Partie II**).

² Rapport de Raphael Gauvain, 26 juin 2019, AN

PARTIE 1 – SUR LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES (Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 et décret d'application n°2018-1126 en date du 11 décembre 2018)

1. Principaux apports de la loi

Les articles L151-1 et suivants et R152-1 et suivants du Code de commerce disposent désormais que :

- Sont protégées les informations à **valeur commerciale non connues (ou non accessibles)** seulement si elles font l'objet de **mesures de protection raisonnables** de la part du détenteur légitime.
- Le détenteur légitime est celui qui en a le contrôle de façon licite ;
- L'accès est illicite s'il n'est **pas autorisé**, s'il procède d'un **comportement déloyal** et contraire aux usages commerciaux, ou s'il constitue la **violation d'un accord de confidentialité**.
- **Cette protection ne s'étend notamment pas à la presse et aux lanceurs d'alerte ;**
- La prescription est de 5 ans.
- Des mesures visant à prévenir et faire cesser l'atteinte au secret des affaires pourront être prises par les Tribunaux : interdictions sous astreinte, ordonnances de destruction de documents, mesures conservatoires, etc. ;
- Ces mesures peuvent être remplacées par le versement d'une indemnité si les mesures sont de nature à causer un dommage disproportionné à l'auteur de la violation s'il est par ailleurs de bonne foi et n'a pas su que le secret avait été obtenu de façon illicite ;
- Les dommages et intérêts visant à réparer le préjudice subi seront fixés, **non plus seulement en considération du préjudice**, mais en prenant aussi en compte « *les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte* » ;
- La juridiction peut ordonner toute mesure de publicité de la décision ;
- Les actions dilatoires ou abusives en violation du secret des affaires pourront faire l'objet d'une **amende civile** dont le montant maximal sera 20% du montant de la demande de dommages et intérêts ou, en l'absence d'une telle demande, d'un montant maximal de €60.000 ;
- Aucune sanction pénale n'est prévue (étant précisé qu'il existe déjà un certain nombre d'incriminations pouvant s'appliquer en cas de violation du secret des affaires).

Depuis l'introduction de cette loi en droit français, certaines décisions ont été rendues. Ainsi, la Cour d'appel de Paris³ a écarté le moyen tendant à considérer que les éléments relatifs à la structure des coûts d'une entreprise constitueraient des secrets d'affaires car la société requérante n'avait pas concrètement démontré comment et quel secret des affaires pourrait être affecté par la divulgation de ces informations.

De même, la Cour de cassation⁴ considère que la levée du secret des affaires et l'accès à des informations confidentielles dans le cadre d'une procédure judiciaire doit être spécialement motivée.

³ Cour d'appel de Paris, 30 janvier 2019, n°18/15814

⁴ Cass. Com. 29 janvier 2020, n°18-11.725

S'agissant du délai de prescription, il a été précisé qu'il commence à courir, « à compter du jour où le détenteur légitime du secret des affaires a connu ou aurait dû connaître le dernier fait qui en est la cause »⁵. Ce point de départ du délai de prescription a été modifié par la loi PACTE du 22 mai 2019 (n°2019-486)⁶, laquelle a harmonisé les règles de la prescription des actions en contrefaçon et d'atteinte au secret des affaires.

2. Informations à protéger en réassurance et mesures raisonnables à mettre en place

Puisque la loi ne protège que les informations qui font l'objet de « mesures de protection raisonnables », il convient que les réassureurs réfléchissent et déterminent l'étendue des informations qu'ils souhaitent voir protéger.

2.1 Quelles informations peuvent être qualifiées de secret des affaires en réassurance ?

Dans une perspective commerciale, une cédante contracte avec un réassureur en tenant compte essentiellement de la notation, de la solvabilité et de la réputation de ce réassureur. Egalement l'organisation interne d'un réassureur et ses processus de souscription peuvent entrer en ligne de compte.

Ainsi, la relation n'est pas personnelle entre une cédante et un souscripteur. La solidité financière du réassureur est plus importante pour une cédante que la relation entretenue avec un souscripteur.

De fait, les réassureurs, à l'opposé des autres secteurs économiques, sont moins exposés au risque de violation du secret des affaires à tout le moins s'agissant de leurs clients, les cédantes.

Les informations suivantes peuvent être sensibles pour un réassureur :

- Politique de souscription et / ou guide de souscription ;
- Guide de tarification (si non inclus dans une politique ou un guide de souscription) ;
- Base de données des contacts Clients ;
- Notes internes confidentielles ;
- Contentieux et arbitrage en cours ;
- Gestion des sinistres
- Base de données agrégées provenant de données cédantes (par exemple, base de données sinistres des dommages corporels en RCA et RCG) ; et
- Cartographie des risques du réassureur (identification de tous les points faibles).

Il serait opportun que chaque réassureur s'interroge sur les informations qu'il estime devoir être protégées, lesquelles pourraient être dénommées "informations qualifiées".

À cet égard, les réassureurs ne doivent pas inclure un trop grand nombre d'informations comme étant des informations confidentielles. Cela risquerait en effet de nuire à l'efficacité de la protection si la quasi-intégralité des informations de l'entreprise étaient protégées et marquées comme confidentielles. Les

⁵ Article L.152-2 du code de commerce

⁶ Article 124 de la loi PACTE

juges vérifient en effet que l'information protégée a bien les qualités d'une information confidentielle et il n'est pas opportun que toutes les informations soient considérées par l'entreprise comme secrètes au sens de la loi sur le secret des affaires, cela pouvant significativement affecter la portée de cette protection.

Préconisations du GT :

- Encourager les réassureurs à engager une réflexion sur l'identification "d'informations qualifiées" au sein de leurs entreprises ;
- Intégrer le risque de violation du secret des affaires dans la cartographie des risques
- Créer d'un registre par nature d'activité de réassurance et/ou par marché avec la liste des types d'informations dites qualifiées et la liste des employés y ayant accès ;
- Déterminer sur cette base la mise en place de mesure de protection (voir 1.2.3) ; et
- Diffuser auprès des collaborateurs une information sur le secret des affaires / campagne de sensibilisation/formation.

2.2 Quelles sont les mesures de protection raisonnables à mettre en place ?

Les mesures de protection raisonnables ne sont pas définies par la loi. En revanche, aucune protection ne sera accordée si les informations confidentielles n'ont pas fait l'objet de telles mesures. Il pourra certainement s'agir des mesures informatiques requérant une sécurité supplémentaire (mot de passe, accès réduit, etc.). Des mentions de confidentialité sur les documents sont aussi à recommander, ainsi que des formations pour les salariés.

- Contrôler l'accès physique et électronique

La plupart des entreprises ont conscience que la sécurité physique et électronique joue un rôle crucial dans la protection des actifs de propriété intellectuelle et la justice exige de plus en plus souvent que des mesures soient prises en la matière. Cela existe donc déjà dans les entreprises où certains dossiers plus confidentiels que d'autres sont soumis à des accès restreints. La protection des informations confidentielles requiert que l'entreprise puisse montrer que l'information a été raisonnablement protégée, et il convient donc que les sociétés intègrent la protection des données confidentielles dans les systèmes de sécurité informatique, qu'elles prévoient des restrictions d'accès aux différents systèmes et qu'elles les évaluent et les mettent régulièrement à jour.

Prévoir des formations à l'intention des employés et des prestataires (consultants, etc.)

Il est aussi nécessaire que les employés de la société soient sensibilisés et formés pour (i) identifier les informations confidentielles sur la base des critères déterminés par l'entreprise et (ii) utiliser les mesures de protection raisonnables.

3. Accords de confidentialité

Les accords de confidentialité, qui constituent des contrats dont la violation est protégée par la loi, pourront aussi être protégés par la loi sur la protection du secret des affaires (Art. L.151-5 du Code de commerce).

Il convient donc de se demander si, compte tenu de cette nouvelle loi, un accord de confidentialité adapté à la réassurance pourrait être mis en place pour faciliter les échanges entre réassureurs et cédantes.

En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi étudiée, la protection des informations confidentielles des réassureurs, intermédiaires en réassurance, et des cédantes pouvait être opérée par trois canaux différents :

- D'une part, en matière précontractuelle. Cet impératif de la vie des affaires a été pris en compte par la réforme du droit des contrats, opérée en 2016. Ainsi, le nouvel article 1112-2 du Code civil dispose que « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* » ;
- D'autre part, la responsabilité extracontractuelle pouvait également être invoquée sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil ;
- Enfin, et nous avons assisté à un recours massif à ce dernier fondement, la responsabilité contractuelle organisée par les articles 1231-1 et suivants du Code civil trouvait à s'appliquer en présence d'une clause ou d'un accord autonome de confidentialité (plus connu sous sa dénomination anglosaxonne : « *Non disclosure agreement* »).

Depuis son entrée en vigueur, la loi sur la protection du secret des affaires apporte une protection supplémentaire, aux opérateurs économiques, mais ne semble pas pour autant pouvoir se substituer à l'outil contractuel utilisé jusqu'alors, ce pour différentes raisons :

- En premier lieu, ce nouveau dispositif n'appréhende qu'une partie des informations pouvant circuler, son champ d'application étant strictement limité par l'article L 151-1 du Code de commerce (cf. supra) ;
- En second lieu, les critères d'identification de l'information protégée et la dose de subjectivité qu'ils contiennent posent un véritable problème d'ordre probatoire. Il est en effet nécessaire de démontrer la valeur commerciale « *effective ou potentielle* » de l'information secrète ou encore de prouver que cette information n'est pas « *généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* » ; et
- En dernier lieu, le 3ème critère édicté par l'article L 151-1 précité semble imposer l'outil contractuel dans certaines situations. Comment considérer, en effet, que des mesures de protection raisonnables auraient été prises pour conserver le secret de l'information, si son détenteur n'encadre pas juridiquement les conditions de la communication qu'il opère ?

Au contraire, il est ici proposé de réduire les incertitudes inhérentes aux dispositions de l'article L 151-1 du Code de commerce, grâce au contrat. Cet outil permet de pallier les lacunes de la loi en définissant contractuellement les informations revêtant une valeur commerciale (ce qui aurait pour effet d'inverser le fardeau de la preuve) et de contribuer à la mise en place des mesures de protection raisonnables exigées par le texte et de déterminer l'utilisation autorisée des informations protégées.

Il faut donc accorder une vigilance particulière aux clauses et accords de confidentialité utilisés pour, le cas échéant, y intégrer les éléments précités, supprimer les redondances avec la loi et éventuellement protéger les informations qui, par nature, seraient exclues du cadre légal.

Le groupe de travail a souhaité profiter de l'entrée en vigueur de la loi pour proposer un accord de confidentialité adapté à la réassurance et complétant utilement le dispositif légal, lequel figure en annexe.

Au-delà des conditions de protection abordées, il convient également d'exposer les conséquences de la protection lorsque celle-ci peut être obtenue. Au-delà des nouveautés procédurales (5), la loi sur le secret des affaires tend aussi vers une nouvelle forme de dommages et intérêts non équivalente au préjudice subi (4).

4. Vers une nouvelle forme de dommages et intérêts ?

Le législateur français a choisi de sanctionner les atteintes au secret des affaires par le biais de la responsabilité civile, et non de la responsabilité pénale. Ce faisant, il a fixé un système d'indemnisation qui devrait s'avérer dissuasif, car les montants de réparation pourraient être très élevés.

La réparation de l'atteinte au secret des affaires telle qu'elle est aujourd'hui assurée s'inspire largement du droit de la réparation en matière de propriété intellectuelle. Elle vise à augmenter significativement le niveau de protection, par différentes formes d'indemnisation et par les règles de calcul que les tribunaux devront prendre en compte.

4.1 *Vers des dommages et intérêts punitifs ?*

La loi prévoit que les dommages-intérêts doivent tenir compte distinctement des éléments suivants (C. com. Art. L 152-6) :

« 1° 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 ;

2° Le préjudice moral causé à la partie lésée ; et

3° 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 retirés de l'atteinte. »

Cette prise en compte distincte devrait inciter les juges à fixer à des montants élevés les dommages et intérêts en cas d'atteinte au secret des affaires. En effet, les juges prendront en compte séparément ces trois motifs, ce qui permettra de cumuler les montants. Par exemple, si les dommages et intérêts résultant des conséquences économiques négatives et des bénéfices indûment réalisés sont jugés insuffisants, les juges pourront prononcer des dommages et intérêts importants pour le préjudice moral.

Au titre des postes de dommages & intérêts susvisés, la prise en compte des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte (qui existait déjà en droit positif en matière de contrefaçon) pourrait notamment se rapprocher des dommages et intérêts punitifs.

Or, le droit français ne reconnaît pas ces dommages et intérêts punitifs. La Cour de cassation affirme en effet de manière constante par exemple en assurance qu'en vertu du principe indemnitaire, une indemnisation ne peut permettre à un assuré un enrichissement. L'indemnité est classiquement fixée en fonction du préjudice subi indépendamment d'autres critères liés à la gravité de la faute ou à son caractère lucratif.

À cet égard, **la fixation de dommages-intérêts en fonction du caractère lucratif de la faute pourrait augmenter de façon drastique leur montant** lorsque par exemple, la violation du secret des affaires a permis à un concurrent d'augmenter ses bénéfices.

Les dommages et intérêts punitifs n'étant pas reconnus par le droit français, les contrats d'assurance (notamment ceux de responsabilité des dirigeants) qui prévoient leur couverture assurantielle se limitent à l'hypothèse où la société et les dirigeants seraient exposés à un risque de poursuite dans un pays où ils sont reconnus.

Cependant, l'article L 152-6 du Code de commerce ne porte pas à proprement parler sur des dommages et intérêts punitifs, lesquels, même s'ils n'ont pas de définition précise, mettent à la charge du fautif une obligation de réparation sans commune mesure avec le montant du préjudice subi et ont une valeur de sanction et de dissuasion. En l'espèce, c'est plutôt la notion de faute lucrative qui est visée. Les dommages et intérêts restent en effet connectés à une réalité économique, celles des conséquences économiques négatives de l'atteinte ou celle des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte. Ils ne sont pas fixés en fonction de la gravité de la faute. On peut également se référer aux débats parlementaires qui ont fait référence au "préjudice effectivement subi" tendant à écarter une éventuelle pratique de "dommages et intérêts punitifs" telle qu'elle a été développée aux Etats-Unis. En conséquence, ces dommages et intérêts seront susceptibles d'avoir un impact aussi en assurance et par voie de conséquence en réassurance dans la mesure où, sous réserve des termes contractuels, ils pourraient être assurés au titre des polices RC en raison de leur caractère indemnitaire, un débat pouvant néanmoins exister sur la prise en charge de la partie relative au caractère lucratif, car l'assurance conduirait alors à l'enrichissement de l'assuré qui conserverait le bénéfice d'un enrichissement indu.

En revanche, le caractère intentionnel de l'atteinte pourrait conduire à son inassurabilité. Conformément à l'article L113-1 du Code des assurances, « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». Ce caractère est un motif d'inassurabilité comme a pu le rappeler à plusieurs reprises la Cour de cassation, considérant que la faute intentionnelle est "*exclusive du caractère aléatoire du contrat d'assurance*". Ce principe d'inassurabilité pour faute intentionnelle ou défaut d'aléa est une constante. Les assureurs et, en cas de litige les juges, devront apprécier au cas par cas si la faute de l'assuré constitue une faute intentionnelle au regard des critères stricts posés par la jurisprudence en la matière. Il n'existe donc aucune automaticité.

La loi sur la protection des affaires va faciliter l'exercice d'actions visant l'obtention d'indemnités individuelles et ainsi permettre que soient plus souvent mobilisées les garanties offertes par les assureurs dans les polices de RC, y compris celles transférées aux réassureurs. Il faudra donc considérer que les effets sur les traités seront ceux affectant les assureurs sous les réserves spécifiques aux réassureurs telles que les exclusions spécifiques contenues aux traités, les seuils d'intervention pour les traités non proportionnels...

4.2 Versement de dommages et intérêts alternatifs ou forfaitaires

La loi dispose également 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.* »

Il s'agit là encore d'une forme de dommages et intérêts qui existe déjà en matière de contrefaçon (article L 615-7 C. Pro. Intel.) mais l'application aux cas de secret des affaires est moins évidente.

On peut avoir sur ce type de dommages et intérêts la même réflexion que sur ceux visés précédemment.

On peut aussi s'interroger sur la compatibilité de ces dommages et intérêts forfaitaires avec le principe indemnitaire affirmé par le droit français, dans la mesure où un forfait pourrait procurer un enrichissement à la partie lésée. Il faut imaginer que les juges du fond fixeront toujours un forfait inférieur ou égal à l'indemnisation telle qu'évaluée au plus précis.

Par ailleurs, la loi prévoit le versement d'une indemnité par **l'utilisateur secondaire de bonne foi (et diligent)**:

« Sans préjudice de l'article L. 152-6 (dommages-intérêts), la juridiction peut ordonner, à la demande de l'auteur de l'atteinte, le versement d'une indemnité à la partie lésée au lieu des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 (mesures d'injonction et d'interdiction) lorsque sont réunies les conditions suivantes :

- 1° *Au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ;*
- 2° *L'exécution des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 causerait à cet auteur un **dommage disproportionné** ; et*
- 3° *Le versement d'une **indemnité** à la partie lésée paraît **raisonnablement satisfaisant.** »*

Par conséquent, **l'utilisateur secondaire de bonne foi et diligent** pourra échapper aux mesures d'injonction et d'interdiction en payant à la place une indemnité.

On peut s'interroger sur l'articulation entre le paiement de cette indemnité par l'utilisateur de bonne foi et diligent, et le paiement des dommages-intérêts précédemment visés, notamment sous la forme d'une somme forfaitaire.

Les juges du fond veilleront probablement à ce que le cumul des différentes indemnités respecte le principe indemnitaire, tout en soulignant le risque inhérent à un tel cumul au regard de ce principe.

Peut-on penser que ce cumul serait le signal d'une évolution du droit français vers des systèmes de réparation plus proches de la common law, visant à réparer au-delà du montant du préjudice subi. Dans ce cas, ces nouvelles formes d'indemnisation requerraient qu'il soit particulièrement veillé dans les traités aux imputations sur les plafonds de garantie, aux limites de garantie, aux exclusions....

Ces nouvelles approches des indemnisations ont un impact en assurance comme évoquée ci-avant tant sur la question de l'assurabilité que sur les montants qui seront plus importants que lorsque l'indemnisation est fixée en fonction du préjudice.

5. Nouveautés procédurales

5.1 *Respect du secret des affaires dans le cadre des procédures*

De nouvelles règles permettent désormais au juge, dans le cadre d'un litige, de veiller au respect du secret des affaires tout en obtenant les informations nécessaires pour pouvoir statuer. Ainsi, le juge peut (Art. L.153-1 du Code de commerce) :

1. **Prendre connaissance seul d'une pièce soumise au secret des affaires** et, en cas de doute, ordonner une expertise et solliciter l'avis d'une personne habilitée par chaque partie pour se prononcer sur son caractère secret ;
2. **Limiter la production de cette pièce** à certains de ses éléments ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter. A cet égard, la Cour d'appel de Paris⁷ a jugé, que des requérantes ne pouvaient pas demander au tribunal de désigner un expert ayant pour mission de procéder au tri des éléments saisis et d'aider le tribunal à déterminer pour quels éléments la mainlevée du séquestre pouvait être ordonnée, dans la mesure où la procédure de mainlevée relève exclusivement du pouvoir du juge et qu'il appartient aux parties de présenter un mémoire précisant les motifs qui confèrent le caractère de secret des affaires à une information ;
3. Décider que les débats auront lieu et que la décision sera **prononcée en chambre du conseil** (c'est-à-dire pas publique) ; et
4. Adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires).

Le juge peut mettre en œuvre simultanément plusieurs mesures afin de protéger le secret des affaires.

A cet égard, dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Paris⁸, différentes mesures ont été mises en place afin de préserver les informations sensibles :

- Communication « en accès restreint » d'un certain nombre de pièces ;
- Soumission à la cour de deux versions de conclusions écrites (l'une comprenant des références à des informations confidentielles et l'autre expurgée de toute référence à une information confidentielle) ;

⁷ Cour d'appel de Paris, 3 juillet 2020, n°20/09791

⁸ Cour d'appel de Paris, 16 avril 2019, n°15/17037

- Fixation de certaines audiences en chambre du conseil avec une liste restreinte de personnes pouvant y assister.

Par ailleurs, lorsque le juge reconnaît le caractère confidentiel d'une information dans le cadre d'une procédure et la protège, cela a pour effet d'imposer aux parties de ne pas divulguer cette information même après la fin de la procédure (cela s'applique aux représentants de la personne morale).

A contrario, le juge n'est pas tenu de mettre en œuvre des mesures visant à protéger le secret des affaires dans le cadre d'une procédure d'instruction visant une entreprise qui n'a pas respecté ses engagements devant l'Autorité de la concurrence. En effet, les juges considèrent qu'il ne peut y avoir de risque de divulgation étant donné que la procédure n'est menée qu'à l'encontre de cette société et qu'aucune autre partie n'est présente.⁹

5.2. Procédures visant à faire respecter le secret des affaires : les mesures d'injonction ou d'interdiction (prévention et cessation)

Les réassureurs doivent d'autant plus envisager de protéger leurs informations secrètes que la loi introduit des nouveautés procédurales permettant aux juges d'ordonner des mesures visant à faire cesser et à prévenir les violations du secret des affaires.

D'une part, l'article L.152-3 du Code de commerce permet à la juridiction saisie d'une action relative à la prévention ou à la cessation d'une atteinte au secret des affaires de prendre toute mesure proportionnée visant à empêcher ou faire cesser une atteinte :

- **D'interdire la réalisation ou la poursuite** des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;
- **D'interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation** des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins ;
- **D'ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique** contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, ordonner leur remise totale ou partielle au demandeur ; et
- **D'ordonner que les produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires soient rappelés des circuits commerciaux**, écartés définitivement de ces circuits, modifiés afin de supprimer l'atteinte au secret des affaires, détruits ou, selon le cas, confisqués au profit de la partie lésée.

La loi a donc créé une **procédure de rappel** des produits qui résultent d'une atteinte au secret.

D'autre part, l'article R.152-1-I du Code de commerce permet aux juges de prescrire, sur **requête ou en référé**, toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte, et notamment :

⁹ Cass. Com. 29 janvier 2020, n°18-11.726

« 1° Interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;
2° Interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits soupçonnés de résulter d'une atteinte significative à un secret des affaires, ou d'importation, d'exportation ou de stockage de tels produits à ces fins ; et
3° Ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tels produits, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché ».

Il est important de souligner que les mesures 2° et 3° peuvent être remplacées par la constitution, par le défendeur, d'une garantie destinée à assurer l'indemnisation du détenteur du secret. Autrement dit, lorsqu'il ne s'agit pas d'un cas avéré de divulgation d'un secret des affaires, il est possible de remplacer l'indemnisation par une mesure provisoire.

Par ailleurs, le juge, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 145 du CPC (mesures d'instruction visant à faire établir ou conserver, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige), peut ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires.

5.3. Sanction des abus procéduraux

Pour prévenir le risque d'utilisation abusive de cette nouvelle loi par un concurrent de mauvaise foi qui pourrait tenter de l'utiliser pour bloquer la sortie d'un nouveau produit, le recrutement d'un ancien salarié, etc., il a été prévu par l'article L152-8 du Code de commerce que :

« Toute personne physique ou morale qui agit de manière **dilatoire ou abusive** sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une **amende civile** dont le montant ne **peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts**. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder **60 000 €**.
L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'**octroi de dommages et intérêts** à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive. »

La loi sur la protection du secret des affaires aura donc des effets en réassurance, directement, pour les réassureurs qui sauront saisir l'opportunité de soumettre certaines informations à cette loi, et indirectement, par la charge potentielle supplémentaire qu'elle constitue pour les assureurs de responsabilité civile et leurs réassureurs.

Cependant, il est communément admis que cette loi n'est pas suffisante pour protéger les entreprises notamment françaises contre des atteintes visant à les affaiblir et/ou à obtenir des données sensibles. Le rapporteur de la loi sur la protection du secret des affaires a ainsi déposé un rapport de l'Assemblée nationale¹⁰

¹⁰ Rapport de Raphael Gauvain, 26 juin 2019, AN, sur les mesures visant à protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale.

PARTIE 2 – SUR LA PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITE DES ENTREPRISES FRANÇAISES ET EUROPEENNES

Le rapport sur la protection des entreprises françaises du 26 juin 2019 qui n’a pas, à ce jour, donné lieu à un projet de loi, vise bien aussi à proposer des solutions pour protéger le secret des affaires des entreprises françaises (et européennes). Comme le rappelait Édouard Philippe dans sa lettre de mission parlementaire « *la question de la protection du secret des affaires et des intérêts économiques de la France constitue en effet un sujet de première importance. Cette importance est renforcée par le contexte actuel, qui fait de l’outil judiciaire un instrument de puissance économique et de concurrence internationale* ».

1. Enjeux du débat et extraterritorialité des lois

L’extraterritorialité de certaines règles américaines est un sujet d’inquiétude pour les sociétés européennes et françaises. Les critères utilisés par les autorités américaines pour appliquer leur droit en Europe et en France sont étendus, par exemple le fait de négocier des titres sur un marché américain ou de faire des paiements en dollars.

De nombreuses entreprises françaises ont déjà fait l’objet de telles procédures (BNP Paribas, Alstom, Société Générale, etc.) qui, indépendamment du montant des amendes qu’elles ont dû verser, ont conduit dans le cadre des procédures, à la divulgation d’informations confidentielles ou secrètes aux autorités américaines.

L’utilisation en effet, dans les procédures américaines, d’une phase « *discovery* », permet d’obtenir un nombre très important d’informations internes à l’entreprise et d’aller à la pêche aux informations.

Les réassureurs qui par nature sont des sociétés internationalisées doivent donc suivre avec intérêt une possible évolution du droit car pour l’instant, ils restent soumis au risque de faire face à des actions extraterritoriales susceptibles aussi de donner lieu à la production d’informations secrètes ou confidentielles.

Les pistes envisagées dans ce rapport sont les suivantes.

2. Loi de blocage

La deuxième mesure proposée porte sur la modernisation de la loi de 1968, dite « loi de blocage ». Il s’agirait d’en augmenter l’efficacité par une série de mesures autour du triptyque : déclaration (création d’un mécanisme obligatoire d’alerte en amont), accompagnement (mise en place d’un accompagnement des entreprises par une administration dédiée) et sanction (augmentation de la sanction prévue en cas de violation de la loi).

La loi de blocage¹¹ dispose que « *sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d’une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d’ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la*

¹¹ Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d’ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères

sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin ».

La violation de ces dispositions est punie d'une peine d'emprisonnement de six mois et/ou d'une amende de €18 000 euros.

Cette loi est cependant peu appliquée en France et ce n'est donc pas la première fois qu'il est proposé de la modifier pour la rendre plus efficace.

Un renforcement de la loi de blocage serait particulièrement utile pour les réassureurs français ou établis en France, mais nécessiterait certainement aussi une modification de la définition des intérêts visés, les intérêts des compagnies de réassurance étant par nature assez internationaux.

3. Confidentialité des consultations internes (avocat « in house »)

À la différence d'autres pays, la France ne connaît pas de statut d'avocat en entreprise (dit « *in house* »). Or, les échanges avec avocats étant soumis au secret professionnel, ils sont en principe exclus du cadre des *discovery*.

L'une des mesures recommandées par le rapport précité visait donc à assurer la protection de la confidentialité des avis juridiques en entreprise par la création d'un statut d'avocat en entreprise doté de la déontologie de l'avocat. Cette mesure serait très efficace en ce qu'elle permettrait une plus grande liberté quant aux avis juridiques internes (qui aujourd'hui risquent d'être communiqués en cas de *discovery*), et viendrait aussi mettre les « avocats en entreprise » au même niveau de protection que ceux exerçant par exemple en Angleterre.

Un avant-projet de loi a été rédigé par la Chancellerie. Cet avant-projet prévoyait, à titre expérimental et pour une durée de 5 ans, du statut d'avocat d'entreprise¹².

Toutefois, de nombreuses critiques ont été formulées à ce sujet. Certains membres de la profession ont pu considérer que la création d'un tel statut était contraire au principe de désintéressement et d'indépendance de l'avocat¹³.

Face à l'absence de consensus sur la création de ce statut, le Garde des Sceaux a décidé début mars, à la suite d'une réunion à la chancellerie avec les représentants du CNB, de la Conférence des bâtonniers, du bâtonnier de Paris, de l'Association française des juristes d'entreprise et du Cercle Montesquieu, d'abandonner le projet.¹⁴

4. Modification de la législation sur les données (RGPD¹⁵)

Enfin, la dernière principale mesure proposée par ce rapport de l'Assemblée Nationale consiste à une nouvelle modification de la législation sur la protection des données, par une loi protégeant les entreprises françaises contre la transmission par les hébergeurs de leurs données numériques non personnelles aux autorités judiciaires étrangères. Ce rapport recommande une extension du RGPD aux données des

¹² P. Januel, La Chancellerie avance sur l'avocat en entreprise et le legal privilege, Dalloz Actualité, 13 janvier 2021

¹³ D. Lecomte, L'avocat salarié en entreprise, toujours et encore..., Dalloz Actualité, 22 février 2021

¹⁴ J. Jacquin, Réforme de la justice : le projet de statut d'avocat salarié en entreprise abandonné, Le Monde, le 05 mars 2021

¹⁵ Règlement Général sur la Protection des Données dit « RGPD » n°2016/679

personnes morales, ce qui permettrait de sanctionner les hébergeurs de données numériques qui transmettraient aux autorités étrangères des données non personnelles relatives à des personnes morales françaises en dehors des canaux de l'entraide administrative ou judiciaire. Si cette piste était explorée, il conviendrait d'être attentif à ce qu'elle ne génère à l'inverse pas plus de difficultés aux réassureurs que celles qui ont déjà été générées par la mise en place du RGPD.

CONCLUSION

La loi sur la protection du secret des affaires est une opportunité pour les réassureurs qui souhaiteraient se mettre sous sa protection, en mettant en place des procédures internes d'identification des informations confidentielles devant être protégées pour les soumettre à un mécanisme de protection.

Les réassureurs pourront aussi avoir intérêt à inclure dans leurs accords de confidentialité des références à cette loi pour bénéficier de la protection et réduire ainsi l'incertitude sur ce que constitue une information confidentielle.

Cette loi permet non seulement de demander réparation pour le cas où il serait porté atteinte illégitimement au secret, mais elle permet aussi d'obtenir potentiellement une réparation supérieure au préjudice subi avec l'introduction de la notion de faute lucrative.

Celle-ci aura des répercussions pour les assureurs et réassureurs qui doivent s'interroger sur la couverture de telles fautes dans les polices de responsabilité civile notamment.

Enfin, cette loi a pour intérêt de protéger les informations confidentielles dans le cadre de procédures judiciaires.

Cependant, cette loi peut sembler insuffisante pour protéger les sociétés françaises ou européennes de procédures extraterritoriales venant assez souvent des Etats-Unis.

Une analyse globale de la question a été demandée par Edouard Philippe, alors Premier Ministre, qui a donné lieu au dépôt d'un rapport à l'Assemblée nationale qu'il conviendra de suivre. Dans l'attente, les réassureurs doivent continuer de faire preuve de prudence quant à la manipulation d'informations confidentielles (et notamment d'analyses juridiques internes) qui pourraient un jour devoir être communiquées à des autorités étrangères.