La protection du secret des affaires en expertise (loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018)

Bruno Duponchelle
Président d'honneur de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice
Président honoraire de la Compagnie des experts près la cour d'appel de Douai
Président honoraire de la Compagnie des experts près la cour administrative d'appel de Douai

La directive européenne n° 2016-943 a réglementé la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Elle s'inspire d'un accord conclu avec l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce et qui lie tant l'Union européenne que ses États membres. Cette directive a été transposée dans le droit français par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 qui a créé dans le Code de commerce les articles L. 151-1 à L. 154-1. Le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 vient compléter la loi dans son application.

Le secret des affaires

Le secret des affaires permet aux entreprises de préserver la confidentialité des informations qui ne peuvent pas bénéficier de la protection du droit de propriété intellectuelle tels les brevets, dessins et modèles, droits d'auteur et qui sont néanmoins importantes pour maintenir leur compétitivité.

Selon l'article L. 151-1 du Code de commerce, une information ne relève du secret des affaires que dans la mesure où elle répond à trois critères :

- 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 ;
- elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
- 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.

Il peut s'agir notamment de connaissances technologiques, de savoir-faire, de formules de composition des produits vendus par l'entreprise ou encore de données commerciales relatives aux clients, aux fournisseurs, aux coûts d'études et de stratégies de marché qui satisferont aux critères précisés par le code.

Selon les termes de la directive européenne du 8 juin 2016, les informations devraient être considérées comme ayant une valeur commerciale par exemple lorsque leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle.

Nous observons fréquemment dans nos expertises – lorsque le secret des affaires est invoqué par une partie qui refuse de communiquer contradictoirement des pièces nécessaires à l'accomplissement de la mission (Code de procédure civile, article 275, alinéa 2) au motif qu'elles sont couvertes par le secret des affaires – que les informations qu'elles contiennent ne répondent pas aux critères définis par le Code de commerce.

L'obtention illicite d'une information couverte par le secret des affaires

L'article L. 151-4 du Code de commerce précise que « *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 commerciale. »

Et l'article L. 151-5 ajoute « *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.* »

Et l'article L. 152-1 sanctionne « *Toute atteinte au secret des affaires telle que prévue aux articles L. 151-4 à L. 151-6 engage la responsabilité civile de son auteur.* »

La plus grande prudence est donc recommandée lorsqu'une partie fait état d'un secret des affaires.

L'obtention par l'expert d'une information couverte par le secret des affaires

L'article L. 151-7 du Code de commerce dispose : « *Le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.* »

L'article L. 153-1 précise : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :*

1° Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s' il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;

2° Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé 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 ;

3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;

4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de publicité de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires. »

L'article R. 153-3 du Code de commerce dispose : « *A peine d'irrecevabilité, la partie ou le tiers à la procédure qui invoque la protection du secret des affaires pour une pièce dont la communication ou la production est demandée remet au juge, dans le délai fixé par celui-ci :*

1° La version confidentielle intégrale de cette pièce ;

2° Une version non confidentielle ou un résumé ;

3° Un mémoire précisant, pour chaque information ou partie de la pièce en cause, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires.

Le juge peut entendre séparément le détenteur de la pièce, assisté ou représenté par toute personne habilitée, et la partie qui demande la communication ou la production de cette pièce. »

Article R. 153-4 : « *Le juge statue, sans audience, sur la communication ou la production de la pièce et ses modalités.* »

Article R. 153-5 : « *Le juge refuse la communication ou la production de la pièce lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à la solution du litige.* »

Article R.153-6 : « *Le juge ordonne la communication ou la production de la pièce dans sa version intégrale lorsque celle-ci est nécessaire à la solution du litige, alors même qu'elle est susceptible de porter atteinte à un secret des affaires.*

Dans ce dernier cas, le juge désigne la ou les personnes pouvant avoir accès à la pièce dans sa version intégrale. Lorsqu'une des parties est une personne morale, il désigne après avoir recueilli son avis, la ou les personnes physiques pouvant, outre les personnes habilitées à assister ou représenter les parties, avoir accès à la pièce. »

Article R.153-7 : « *Lorsque seuls certains éléments de la pièce sont de nature à porter atteinte à un secret des affaires sans être nécessaires à la solution du litige, le juge ordonne la communication ou la production de la pièce dans une version non confidentielle ou sous forme d'un résumé, selon les modalités qu'il fixe.* »

Article R.153-8 : « *Lorsqu'elle intervient avant tout procès au fond, la décision statuant sur la demande de communication ou de production de la pièce est susceptible de recours dans les conditions prévues par l'article 490 ou l'article 496 du code de procédure civile.* »

Le respect du secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à une mesure d'instruction sollicitée avant un procès (art. 145 du Code de procédure civile) dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les sollicite (Cour de cassation, deuxième chambre civile, 8 février 2006 n° 05-14.198 ; FS-PBR ; Bulletin 2006 II n° 44, p. 37) ; (Cour de cassation, 19 décembre 2012 n° 10-20.526 ; FS PB : RJS 3/13 n° 191 ; Bulletin 2012 V n°341). La mesure ordonnée doit être proportionnée au but poursuivi et aux intérêts économiques en présence (Cour de cassation, première chambre civile 22 juin 2012 n° 15-27.845 FS PB : BRIDA 15-16/17 inf. 21).

En cas de difficulté l'expert pourra donc saisir le juge du contrôle des expertises ou le président de la juridiction pour statuer sur le secret des affaires lui-même et les personnes qui pourront accéder aux informations couvertes par ce secret.

L'obligation de confidentialité

L'article L. 153-2 du Code de commerce annonce : « *Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient.*

[…]

Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure.

[…]

L'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles. »

L'expert et le sapiteur qui l'assiste peuvent donc échanger sur les informations couvertes par le secret des affaires lorsque le juge leur en a autorisé l'accès. Toutefois, ils ne peuvent communiquer aux parties les informations recueillies.

La pratique, premier cas : accès aux informations couvertes par le secret des affaires invoqué par une partie

Dans cette affaire, l'une des parties refusait de communiquer les réductions commerciales accordées aux adhérents d'un groupement d'intérêt économique de pharmaciens d'officine.

Devant ce refus, l'expert a saisi le juge du contrôle des expertises du tribunal de commerce qui avait ordonné la mission et celui-ci a rendu une ordonnance résumée ci-après :

Après avoir entendu l'expert et les conseils des parties.

Attendu que l'expert demande la communication pour chacun des fournisseurs sélectionnés par l'avocat du demandeur pour le compte d'un pharmacien adhérent :

- le montant total des achats de l'ensemble des pharmaciens adhérents au groupement pour les années 2017 et 2018 ;
- le montant total des réductions commerciales accordées au titre des années 2017 et 2018 par les fournisseurs à l'ensemble des pharmaciens adhérents au groupement ;
- les comptes annuels (bilan, compte de résultat, annexe) avec le détail des rubriques des bilans et comptes de résultat, des années 2017 et 2018 du gestionnaire ;
- le relevé des montants hors TVA des réductions commerciales reçues par ledit gestionnaire, accordées en 2017 et en 2018 pour chacun des fournisseurs et pour l'ensemble des pharmaciens adhérents au groupement.

Attendu que l'avocat du demandeur demande de permettre à l'expert judiciaire d'accéder à la comptabilité du groupement, de telle manière que celui-ci puisse identifier le chiffre d'affaires réalisé par le gestionnaire et par le laboratoire, de manière à pouvoir appliquer l'article 2 de la convention des parties ;

Sur ce, disons que l'expert devra se rendre au siège social du gestionnaire où il devra accéder aux documents demandés, et ce, sous le délai d'un mois à compter de l'expédition de la présente ordonnance.

La pratique, deuxième cas : accès aux informations couvertes par le secret des affaires invoqué par une partie

Dans cette affaire, une société d'ascenseurs qui avait succédé à un concurrent pour l'entretien des ascenseurs d'un hôpital, refusait de communiquer les bordereaux de prix unitaires annexés au marché public à son prédécesseur qui contestait des facturations de remise en état de plusieurs ascenseurs de l'hôpital.

Devant ce refus, l'expert a saisi le juge du contrôle des expertises et président du tribunal judiciaire qui avait ordonné la mission et celui-ci a rendu une ordonnance résumée ci-après :

Par note reçue le 4 décembre 2023, l'expert expose que :

- le bon déroulement de sa mission l'amène à devoir contrôler les facturations émises par la société A ;
- ce contrôle suppose qu'il ait connaissance des bordereaux de prix unitaires de la société A ;
- or, ces bordereaux sont couverts par le secret des affaires.

L'expert demande donc au juge d'organiser une réunion à l'effet de déterminer les personnes pouvant avoir accès à ces bordereaux de prix unitaires.

Les parties, l'expert et le sapiteur qu'il s'est adjoint ont été invités à une audience qui s'est déroulée le 30 janvier 2024.

À cette audience :

- l'expert et le sapiteur ont maintenu leur demande par laquelle ils souhaitent avoir accès aux bordereaux de prix unitaires de la société A ;
- la société B vient en appui de la demande de l'expert et précise qu'elle ne souhaite pas avoir connaissance des bordereaux de prix unitaires de sa concurrente ;
- la société A s'oppose à la demande ;
- l'hôpital s'oppose à la demande en indiquant que la société A ne peut diffuser les bordereaux de prix unitaires.

Motifs de la décision :

L'article 16 du Code de procédure civile dispose que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction et qu'il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Investi de sa mission par le juge, l'expert doit se conformer aux principes directeurs du procès et, plus particulièrement, au principe du contradictoire. À l'instar du juge, il doit observer en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même la contradiction.

En l'espèce, l'expert a notamment pour mission de procéder au contrôle des factures émises par la société A. La bonne fin de cette mission commande donc que l'expert ait connaissance des bordereaux de prix unitaires de la société A. La mesure demandée par l'expert procède ainsi d'un motif légitime.

Le respect d'une saine concurrence du secret des affaires suppose qu'il soit porté une atteinte proportionnée au principe du contradictoire, les bordereaux de prix unitaires de la société A ne devant être connus que de l'expert et du sapiteur qu'il s'est adjoint, étant précisé qu'il leur appartiendra de n'en rien divulguer au travers de leurs notes, pré-rapport et rapport.

Par ces motifs,

ordonnons à la société A de communiquer à l'expert et au sapiteur les bordereaux de prix unitaires lui ayant permis de facturer ses prestations à l'hôpital ;

disons que l'expert et le sapiteur devront tenir confidentielles les informations ainsi recueillies et ne rien divulguer au travers de leurs notes, pré-rapport et rapport ;

disons que les bordereaux de prix unitaires de la société A ne seront pas communiqués aux autres parties.

Ainsi donc, à l'issue d'une réunion de l'expert, de ses sapiteurs, des parties et de leurs conseils, ou d'une audience convoquée par le juge du contrôle des expertises, celui-ci déterminera les personnes qui ont accès aux informations couvertes par le secret des affaires.

En 2022, le 11e colloque annuel conjointement organisé par le Conseil national des compagnies d'experts de justice (CNCEJ) et du Conseil national des barreaux (CNB) avait pour thème « *La preuve à l'épreuve des secrets* » (*Revue Experts*, août 2022, n°163, pp. 38-43).

Mots-clés : Bruno Duponchelle / Avocat / Code de commerce / Code de procédure civile / Confidentialité / Directive européenne / Droit de propriété intellectuelle / Expert / Expertise / Juge / Organisation mondiale du commerce / Sapiteur / Secret des affaires / Tribunal judiciaire - RÉF. : JJ, A, 02, 03. www.revue-experts.com