

Comment gérer la confidentialité et respecter le secret des affaires ?

Le régime spécifique de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles et commerciales a été introduit aux articles L.151-1 et suivants et R.152-1 et suivants du code de commerce par la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 et son décret d'application du 11 décembre 2018, qui transposent la Directive UE 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Ces dispositions, qui s'appliquent depuis le 14 décembre 2018, intéressent tous les types de contentieux, civils et commerciaux, à l'occasion desquels les secrets des affaires pourraient se trouver menacés, en demande ou en défense, et notamment dans les contentieux de contrefaçon et de concurrence déloyale.

Elles s'articulent avec les jurisprudences suivantes, prises antérieurement et non contredites depuis :

- Le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret des affaires, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige. ([Cass. 1^{re} Civ, 25 février 2016, n°14-25.729](#)) ;
- L'empêchement légitime résultant du secret bancaire ne cesse pas du seul fait que l'établissement financier est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas bénéficiaire du secret auquel le client n'a pas lui-même renoncé. ([Cass. Com. 10 février 2015, n°13-14.779](#))

La loi ne cantonnant pas l'information protégée à un domaine particulier, les informations susceptibles de relever du secret des affaires sont très diverses. Ainsi, les informations suivantes peuvent bénéficier du secret des affaires si elles remplissent les conditions visées par la loi : les éléments financiers non publiés, les fichiers de clients, le savoir-faire, les stratégies de développement commercial, etc., le juge se livrant à une appréciation *in concreto* (**fiche n°9 b**).

1 – La gestion de la confidentialité dans le cadre d'une requête 145 du code de procédure civile ou d'une requête en saisie-contrefaçon

Le juge peut ordonner sur le fondement de l'article R.153-1 du code de commerce, ainsi que des articles R.332-1, R.343-2, R.521-2, R.615-2, R.623-51, R.716-2 et R.722-2 du

code de la propriété intellectuelle, le placement sous séquestre des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ou d'une requête en saisie-contrefaçon, ainsi qu'au cours d'une mesure d'instruction ordonnée dans ces termes.

Lorsqu'il est saisi sur requête, il appartient au juge d'énoncer, au besoin d'office, les circonstances justifiant que les mesures sollicitées [susceptibles de porter atteinte au secret des affaires] ne soient pas prises contradictoirement. ([2^e Civ., 22 octobre 2020, n°19-20.904](#))

Les éléments de preuve recherchés ne se limitent pas aux documents de nature comptable soumis à une obligation de conservation mais portent également sur des documents qui peuvent aisément être supprimés ou altérés par des manipulations informatiques (CA Paris, n°21/10227, 5 janvier 2022).

Si le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, c'est à la condition que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime, sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de l'autre partie au regard de l'objectif poursuivi ([2^e Civ., 10 juin 2021 n°20-11.987](#)).

Afin d'assurer la protection du secret des affaires, le juge autorisant une saisie-contrefaçon ne peut recourir, au besoin d'office, qu'à la procédure spéciale de placement sous séquestre provisoire des pièces saisies, prévue à l'article R. 153-1 du code de commerce auquel renvoie l'article R. 615-2, dernier alinéa, du code de la propriété intellectuelle ([Com, 1er février 2023, n°21-22.225](#)). Il n'est donc plus possible de mobiliser les mesures classiques de placement sous scellés auxquelles les juges recourraient en matière de saisie-contrefaçon.

2 – La gestion de la confidentialité dans le cadre des demandes de communication ou de production de pièces

Ce nouveau régime restreint le cercle des personnes habilitées à avoir accès aux :

- Éléments de preuve : le juge désigne la ou les personnes pouvant avoir accès à la pièce dans sa version intégrale si celle-ci est nécessaire à la résolution du litige. 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. Le juge peut également décider que ces personnes ne peuvent faire de copie ou de reproduction de ces éléments, sauf accord du détenteur de la pièce ;
- Audiences : le juge peut entendre séparément le détenteur de la pièce ainsi que la partie qui en demande la communication ou la production. Il peut décider que les débats auront lieu en chambre du conseil. Il peut restreindre l'accès pour chacune des parties à une personne physique et son avocat. Il peut également

statuer sans audience sur la communication ou la production de la pièce et ses modalités.

L'audience se tient, selon les cas, en présence ou non du commissaire de justice.

Le juge peut prévoir si nécessaire un cercle de confidentialité constitué uniquement des avocats de chacune des parties, lesquels signent un accord de confidentialité concernant les opérations menées, et dire qu'il en sera référé au juge des requêtes en cas de difficultés.

L'article 153-3 du code de commerce prévoit tout d'abord que celui qui invoque la protection du secret des affaires pour une pièce dont la communication ou la production est demandée doit remettre au juge dans le délai fixé par celui-ci :

- La version confidentielle intégrale de cette pièce ;
- Une version non confidentielle ou un résumé ;
- 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.

Ces dispositions sont prévues à peine d'irrecevabilité (exemple d'ordonnance sur incident devant le magistrat chargé de la mise en état déclarant irrecevable le demande sur ce fondement : CA Paris n°17/22240 du 5 mars 2020).

Il appartient à la partie concernée de justifier précisément du secret attaché à chacune des pièces dont la communication est demandée.

Le juge peut procéder en deux temps, l'affaire étant renvoyée à une audience ultérieure le temps que la partie refusant la communication de pièces procède à un tri de l'intégralité des pièces saisies en les regroupant en trois catégories, chacune devant comporter un inventaire précis des pièces contenues :

- Catégorie A : les pièces pouvant être communiquées sans examen ;
- Catégorie B : les pièces concernées par le secret des affaires et qu'elle refuse de communiquer ;
- Catégorie C : les pièces qui ne sont pas concernées par le secret des affaires mais qu'elle refuse de communiquer (en général : pièces relevant du secret professionnel des avocats).

Il demande aussi que le tri où chaque pièce est identifiée par une numérotation distincte soit communiqué au commissaire de justice pour que soit effectué un contrôle de cohérence avec les fichiers initiaux séquestrés (exemples : CA Paris n°20/04388 du 20 mai 2021, CA Paris n°22/01702 du 9 septembre 2023)

Ensuite, le juge décide des modalités de communication ou de production de pièces en tenant compte d'une part de la protection du secret des affaires et, d'autre part, des nécessités liées à la résolution du litige, il peut alors :

- Selon l'article R.153-5 du code de commerce, refuser la communication ou la production de la pièce lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à la solution du litige ;
- Selon l'article R.153-6 du code de commerce, ordonner 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 ;
- Selon l'article R.153-7 du code de commerce, 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, ordonner 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.

La cour peut être amenée à organiser, à hauteur d'appel, une procédure de levée de séquestre en chambre du conseil (exemple : CA Paris, 9 septembre 2022, n°21/19469).

Enfin, la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 pose des conditions de recours particulières concernant les demandes de communication ou de production de pièces, y compris dans le cadre d'une instance au fond devant le juge ou le conseiller de la mise en état. Ainsi, la décision faisant droit à la demande est susceptible d'appel immédiat et ne peut être assortie de l'exécution provisoire :

- Selon l'article R.153-8 du code de commerce, lorsqu'elle intervient en première instance 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 délai d'appel et l'appel exercé dans ce délai sont suspensifs lorsque la décision fait droit à la demande de communication ou de production. L'exécution provisoire ne peut être ordonnée ;
- Selon l'article R.153-9 du code de commerce, lorsqu'elle est rendue dans le cadre d'une instance au fond, la décision rejetant la demande de communication ou de production de la pièce n'est susceptible de recours qu'avec la décision sur le fond. La décision faisant droit à la demande de communication ou de production de la pièce peut être frappée d'appel indépendamment de la décision au fond dans un délai de quinze jours à compter de la signification de l'ordonnance du juge de la mise en état ou de la date de l'ordonnance du juge chargé d'instruire l'affaire. L'appel est formé, instruit et jugé selon les règles applicables à la procédure avec représentation obligatoire. Il est fait application de l'article 905 du code de procédure civile. Le juge de la mise en état et le juge chargé d'instruire l'affaire ne peuvent ordonner l'exécution provisoire de leur décision.

Lorsqu'elle est rendue par le conseiller de la mise en état, la décision faisant droit à la demande de communication ou de production de la pièce peut être déférée par requête à la cour dans les quinze jours de sa date. Le délai pour former une requête en déferé et le déferé exercé dans ce délai sont suspensifs. L'exécution provisoire de la décision ne peut être ordonnée.

3 – La gestion de la confidentialité dans les décisions de justice

A la demande d'une partie, un extrait de la décision ne comportant que son dispositif, revêtu de la formule exécutoire, peut lui être remis pour les besoins de son exécution forcée. Le juge peut également décider de publier uniquement les éléments non confidentiels des décisions.

Version 1^{er} janvier 2024