

# 1 Le secret des affaires



**Sophie SCHILLER,**  
*professeur à l'université Paris-Dauphine, PSL*



**Rafael AMARO,**  
*professeur à l'université de Caen Normandie*



**Thibaud D'ALÈS,**  
*avocat à la Cour, associé, Clifford Chance Europe LLP*



**Rudy LAHER,**  
*professeur à l'université de Limoges*



**Jean-Yves TROCHON,**  
*Senior Advisor, EY, administrateur d'honneur de l'AFJE*



**Franck AUDRAN,**  
*avocat associé, Gide Loyrette Nouel*



**Grégory CAUVIN,**  
*docteur en droit, directeur juridique, Meilleurs Agents*



**Véronique CHAPIUS-THUAULT,**  
*fondatrice de LEX Colibri (Intelligence Juridique – Legal BI), vice-présidente de l'AFJE*



**Olivia SICSIC,**  
*avocat à la Cour, Clifford Chance Europe LLP*



**Philippe de ROBERT HAUTEQUÈRE,**  
*responsable de la commission Management AFJE*



**Nathalie DOSTERT,**  
*vice-présidente du tribunal de commerce de Paris*



**Mathieu GRAS,**  
*directeur associé, EY*

**Stéphane VAN KEMMEL,**  
*huissier audiencier au tribunal de commerce de Paris*

## B. - Comment l'entreprise peut-elle définir un secret d'affaires ?

Philippe de ROBERT HAUTEQUÈRE,  
responsable de la commission Management AFJE

33 - **Importance de la définition établie par l'entreprise.** – Les dispositions du Code de commerce relatives à la protection du secret des affaires commencent par une définition avec trois critères simples en apparence, en tout cas concernant les mots employés. Ainsi, l'information à protéger ne doit pas être aisément accessible, elle a une valeur commerciale et fait l'objet de mesures de protection raisonnables<sup>73</sup>. Ces trois critères couvrent en réalité une multitude de cas de figure dont il serait vain de vouloir dresser *a priori* la liste pour une entreprise donnée.

Certains professionnels déplorent d'ailleurs l'absence de précision<sup>74</sup> et partant, un risque de contentieux nécessaire pour y remédier. Le décret d'application<sup>75</sup> n'a pas apporté la liste qu'ils espéraient, celle qui leur aurait permis de faire bénéficier par défaut du régime applicable aux secrets des affaires, tel type d'information en raison de sa nature, de sa forme ou encore de ses destinataires. Ainsi, la jurisprudence viendra sans doute préciser cette notion. La loi du 30 juillet 2018 a laissé une large part à l'appréciation des personnes auxquelles elle est destinée. Nous nous proposons donc de nous placer du point de vue de l'entreprise qui dispose d'informations sensibles dont la détention est susceptible d'engendrer des droits et des obligations. Le rôle de l'entreprise est d'autant plus primordial que le juge doit notamment étudier le caractère « raisonnable » des mesures de protection compte tenu des « circonstances », ainsi que le « secteur d'activité » concerné. Il s'appuie par conséquent sur la réalité concrète de la mise en œuvre de ces dispositions, c'est-à-dire sur la pratique. Ce n'est que dans un deuxième temps, à la lumière de cette analyse, qu'il détermine si telle information est un secret des affaires, et peut à ce titre bénéficier du régime de protection qui en découle (qui lui est plus précisément décrit dans la loi comme dans le décret). Ainsi, l'efficacité de cette loi repose principalement sur la façon dont les entreprises la mettent en œuvre.

Tout comme la loi dite « Sapin II »<sup>76</sup> ou encore le règlement RGPD<sup>77</sup>, il s'agit d'instaurer une nouvelle culture au sein des entreprises, dans la manière dont elles gèrent leurs informations sensibles. Toutes les entreprises sont concernées par la loi, quels que soient leur taille et leur secteur d'activité : de la boulangerie à la conquête spatiale. Le contexte de profondes mutations technologiques, managériales et sociétales en cours, rend d'autant plus complexe la détermination de référentiels communs. Les notions auxquelles renvoie la définition légale sont la « configuration » et « l'assemblage d'éléments » d'information, ce qui renforce l'impossibilité de se référer à un critère absolu. Il y a potentiellement autant de configurations d'informations secrètes qu'il y a d'entreprises, et

cela est susceptible d'évoluer au cours du temps. Dès lors, comment identifier un secret des affaires ?

L'entreprise doit adopter une approche systémique. Elle doit déterminer en amont et par elle-même les informations sensibles susceptibles de relever du régime du secret des affaires ainsi que la façon de les gérer. Ce qui n'est pas formalisé n'est pas protégeable : un processus, un *business model*, une organisation (les organigrammes reflètent rarement la réalité des processus de décision). Il faut préalablement identifier les personnes et les types d'informations susceptibles d'être concernés.

34 - **Caractère connu et accessible de l'information.** – Pour être protégée, une information ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible pour des personnes familières de ce type d'information en raison de leur secteur d'activité (*C. com.*, art. L. 151-1, 1°). Il faut se référer aux personnes qui ont l'habitude d'un type d'information, en raison d'une pratique ou d'un simple accès effectif ou aisé à celui-ci. Ainsi, le secret des affaires ne relève pas forcément d'un expert. Il n'est pas non plus requis de degré de sophistication ou de technicité. Chacun peut avoir une appréciation différente des enjeux pour un même type d'informations auquel il a accès : le directeur commercial, ses collaborateurs mais aussi la direction des systèmes d'information, la direction juridique ou encore la direction financière peuvent en être « familiers » pour des raisons diverses. Ces personnes ont à la fois leur propre secteur d'activité et en même temps toutes concourent à l'activité de l'entreprise, quelle que soit leur fonction. Ce qui n'est pas un secret des affaires pour l'une peut l'être pour une autre. Notons qu'en outre, une entreprise peut être présente dans plusieurs secteurs activités. Il faut donc recenser les personnes susceptibles d'être familières d'un type d'information.

35 - **Caractère utile de l'information.** – Pour faire cette cartographie, la direction juridique ne doit pas seulement sensibiliser l'ensemble des fonctions de l'entreprise. Chaque direction doit être partie prenante en contribuant activement à l'identification des secrets des affaires en fonction de l'emploi effectif ou envisageable de l'information considérée. L'article L. 152-6, 3° dispose en effet que l'auteur d'une atteinte peut être condamné à des dommages et intérêts en fonction des bénéfices qu'il en tire, indépendamment du manque à gagner du détenteur légitime. Les faibles bénéfices, voire l'absence de chiffre d'affaires généré par ce dernier du fait d'un secret des affaires, ne sont pas une condition d'existence de ce secret.

Dans un autre secteur d'activité, ou pour des personnes non familières, une information peut avoir une toute autre utilité. Notons qu'adjoindre à une autre information, il ne s'agit plus du même secret des affaires. La familiarité est le critère central et doit pouvoir se démontrer. L'on doit notamment tenir compte de la réalité des missions effectuées, de la stratégie et des objectifs poursuivis, au niveau de l'entreprise et de chaque fonction.

Dans un même secteur, il faut identifier les « types » d'informations (*C. com.*, art. L. 151-1, 1°).

36 - **Mode d'obtention du secret des affaires.** – À défaut de définir le type d'informations susceptible d'être couvert par le secret des affaires, la loi vise « des » modes d'obtention (*C. com.*, art. L. 151-3). La liste ne semble donc pas exhaustive. La création indépendante est citée. Elle n'est cependant pas la seule ni la première. En effet, le secret des affaires peut aussi être une découverte, c'est-à-dire que l'entreprise formalise ou utilise une information. Dans ces deux premiers cas, l'entreprise identifie l'information pertinente et lui donne un sens. Mais l'entreprise peut également licitement obtenir (*C. com.*, art. L. 151-3, 2°), donc « se servir », d'informations utilisées par un tiers (sauf stipulation contraire). Le législateur exige seulement un effort d'analyse spécifique : « l'observation, l'étude, le démontage ou le test » (*C. com.*, art. L. 151-3, 2°) ou encore la déduction (*C. com.*, art. L. 151-4). On notera que l'information ainsi obtenue n'était initialement pas « aisément accessible » comme le prévoit le 1° de l'article L. 151-1. Là encore, l'entreprise doit être en mesure de documenter le

73. V. n° 5.

74. V. J.-L. Delmas, *Le secret des affaires perd un peu de son flou : Les Echos Entrepreneurs*, 15 janv. 2019.

75. D. n° 2018-1126, 11 déc. 2018 relatif à la protection du secret des affaires.

76. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

77. PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

processus d'obtention. Toute entreprise doit donc se poser la question des conséquences juridiques d'une simple mise à disposition d'un produit ou d'un objet. Cela vise notamment le cas d'une mise sur le marché. Mais cela vise aussi une simple mise à disposition d'un outil ou d'un moule à un sous-traitant aux seules fins de produire conformément à un cahier des charges. Il s'agit notamment du « *reverse engineering* » ainsi autorisé par la loi, auquel l'entreprise peut être plus ou moins sensibilisée. L'article L. 151-4 étend largement les supports possibles de ces informations, non seulement à des **matériaux** et **substances**, mais aussi à tout **document** ou **fichier** numérique contenant des données qui ne sont pas forcément techniques. Le critère à mettre en avant est donc l'analyse conduite par l'entreprise, que celle-ci soit faite de manière ponctuelle ou dans le cadre d'une politique plus instituée d'intelligence économique. L'entreprise doit toujours être en mesure de démontrer les conditions d'obtention d'un secret des affaires.

La détention de secret des affaires résulte aussi de stipulations contractuelles qui limitent ou octroient des droits sur des secrets des affaires de tiers. Ils peuvent même constituer une part très importante des secrets des affaires qu'elle détient. Dans les contrats qu'elle signe et qu'elle a signés, l'entreprise doit (par des audits) être vigilante quant aux conditions d'obtention, d'utilisation et de divulgation des secrets des affaires qu'elle a à titre exclusif ou pas. Ceux-ci peuvent résulter de prestations intellectuelles (recherche et développement, étude), de licences, ou encore de contrats de sous-traitance.

37 - **Nécessité d'une valeur commerciale de l'information.** – Un secret des affaires revêt une **valeur commerciale**, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret (*C. com.*, art. L. 151-1, 2°) que l'entreprise entend maintenir. Il n'est pas question ici de valeur vénale qui serait une référence aux intérêts d'un tiers pour cette information. Il ne s'agit pas de faire une étude de marché !

Par défaut le législateur reconnaît une valeur commerciale à l'information visée dans le 1°. Pour éviter toute confusion, certains préconisaient le terme « valeur économique »<sup>78</sup>. La mesure de la valeur commerciale pour l'entreprise (pas pour des tiers) peut également s'avérer utile pour les mesures à mettre en place en fonction des risques et des opportunités, ainsi que pour les éventuels dommages et intérêts qui seraient réclamés en cas d'utilisation illicite<sup>79</sup>.

La valeur commerciale rappelle la finalité de la loi qui est de protéger l'entreprise contre des prédateurs qui pourraient utiliser les informations concernées à des  **fins commerciales**. L'obtention doit être licite et résulter d'un **comportement loyal** et **conforme aux usages en matière commerciale** (*C. com.*, art. L. 151-4, 2°).

38 - **Caractère évolutif des secrets des affaires.** – L'entreprise doit mettre en perspective sa politique de secret des affaires en fonction de sa culture, de sa vision, de ses valeurs. Elle pourra ainsi être en mesure de justifier l'objectif poursuivi et les « *mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances* » (*C. com.*, art. L. 151-1, 3°).

Les critères établissant l'existence d'un secret d'affaires peuvent varier. L'article L. 152-3, IV (mesures pour prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires) dispose que l'auteur de l'atteinte peut démontrer que « *les informations concernées ne peuvent plus être qualifiées de secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui* ». *A contrario*, le détenteur légitime doit être en mesure de prouver que les conditions sont remplies.

Le détenteur légitime doit garder à l'esprit qu'en cas de litige, une version non confidentielle ou un résumé sera nécessaire (*C. com.*, art. R. 153-3). Il doit surtout être en mesure d'établir 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. L'entreprise doit reconsidérer les critères en amont pour en faciliter le traitement le jour où elle a besoin de telle information sensible, dans le cours normal de la vie des affaires, lors d'un contentieux comme en temps de crise. L'entreprise devrait à tout moment savoir comment traiter tel type d'informations. Elle peut cependant aussi, et au plus tard au moment de la divulgation d'un secret des affaires, en modifier les mesures de protection, voire retirer la qualification de secret des affaires.

Les dispositions sur le secret des affaires incitent les entreprises à inscrire leurs décisions dans la durée en évaluant et traçant en permanence les informations sensibles. Il n'y a d'ailleurs pas de limite de durée de conservation d'un secret des affaires. Ajouté au faible coût par rapport à un brevet par exemple, le secret des affaires présente un atout stratégique majeur.

Ces exigences devraient tempérer les volontés excessives de protection d'informations. Celles-ci présenteraient en outre le double désavantage de freiner l'activité de l'entreprise et sa créativité d'une part, et de risquer de faire tomber la cohérence de la gouvernance des secrets des affaires et donc l'efficacité de la protection recherchée d'autre part.

Philippe de ROBERT HAUTEQUÈRE

78. Notamment la CCI de Paris Île-de-France (*Option Finance/Option Droit & Affaires*, juin 2019, p. 19).

79. V. le considérant 14 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 transposée en droit français par la loi du 30 juillet 2018 : la valeur commerciale couvre notamment les « *positions stratégiques* » ou la « *capacité concurrentielle* ».