

# Rapport introductif

**Hélène SKRZYPNIAK**

*Maître de conférences à l'Université de Bordeaux, co-auteur du rapport Capitant*

1. - Le rapport Capitant sur le secret des affaires<sup>1</sup> s'inscrit dans une réflexion collective menée autour d'un thème dont l'actualité juridique, économique et politique ne se dément pas. Son objectif est de proposer une analyse approfondie du droit français de la protection du secret des affaires ainsi que des enjeux que cette législation soulève pour la pratique et la doctrine<sup>2</sup>. L'élaboration de ce rapport a été conduite sous la direction scientifique de Valérie Malabat et d'Hélène Skrzypniak, avec la participation de nombreux contributeurs issus du monde académique et professionnel. Cette démarche collective a permis de croiser les approches théoriques et pratiques, dans un domaine où le droit cherche encore son équilibre entre la nécessaire protection des intérêts économiques et le respect des principes fondamentaux de transparence et de liberté d'expression. Avant d'en présenter les principaux enseignements, il importe de revenir sur les raisons qui ont motivé sa rédaction et sur le contexte dans lequel il s'inscrit.

2. - **Le contexte.** La raison première repose sur un constat : celui de l'importance que revêt aujourd'hui l'information devenue l'un des premiers biens stratégiques des entreprises. Elle est au cœur de la compétitivité économique, mais aussi, parfois, de véritables logiques de guerre économique. Aussi, et très logiquement, la question de sa protection – et plus particulièrement celle du secret des affaires – a attiré, depuis plusieurs années déjà, l'attention des praticiens, des législateurs, et, bien sûr, celle de la doctrine. C'est dans le prolongement de ces réflexions que l'Union européenne a adopté la directive du 8 juin 2016 re-

lative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées<sup>3</sup>. Pourquoi cette directive ? Parce que l'Union européenne a constaté, au début des années 2010, une insécurité juridique croissante en matière de protection des informations économiques stratégiques. Les entreprises européennes dénonçaient une vulnérabilité accrue face à l'espionnage industriel, aux cyberattaques et aux appropriations illicites de savoir-faire. Cet accroissement des pratiques d'espionnage industriel s'est fait dans un contexte dans lequel chaque État membre de l'Union avait ses propres règles, plus ou moins protectrices, ce qui créait une fragmentation juridique et un risque de forum shopping. L'Europe, qui ne disposait pas d'un cadre clair, se trouvait alors en retrait par rapport à d'autres États, comme les États-Unis, où le Defend Trade Secrets Act de 2016<sup>4</sup>, avait considérablement renforcé la protection des secrets des affaires. La directive de 2016 s'est donc donnée un double objectif. Celui, d'abord, d'harmoniser la protection en Europe, afin d'assurer un niveau commun de sécurité juridique aux entreprises. Celui, ensuite, de renforcer la compétitivité et l'innovation, en donnant aux acteurs économiques la garantie que leurs informations stratégiques pourraient être protégées efficacement contre toute appropriation illicite.

3. - Cette directive a été transposée en France par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires<sup>5</sup>. Or, très vite, cette loi a suscité de vives discussions. On lui a, notamment, reproché une définition incertaine du secret d'affaires, une difficulté d'articulation avec d'autres secrets protégés, une efficacité

1. *La protection du secret des affaires*, dir. V. Malabat et H. Skrzypniak, Les grands rapports de l'Association Capitant, vol. 1, Lextenso, 2025.

2. Le style oral de l'intervention a été conservé.

3. Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil 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.

4. Defend Trade Secrets Act of 2016, Public Law 114-153, 11 mai 2016.

5. Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires (1)

limitée ; ainsi qu'un manque de lisibilité des sanctions en cas d'atteinte. Ces critiques ont également mis en lumière une tension de fond : celle entre, d'un côté, la valorisation du secret comme actif patrimonial et outil de compétitivité, et, de l'autre, les exigences croissantes de transparence et de liberté d'expression dans une société fondée sur la circulation de l'information. C'est dans ce contexte qu'a été engagée une réflexion approfondie sur la portée, les limites et les perspectives d'évolution de ce dispositif.

**4. - Les objectifs.** De cette réflexion est né le rapport Capitant sur le secret des affaires, qui avait pour ambition, d'une part, de dresser un état des lieux de la mise en œuvre du droit du secret des affaires, cinq ans après son adoption, et, d'autre part, de proposer des pistes d'amélioration.

**5. - La méthode.** Pour parvenir à ces résultats, la méthode retenue repose sur trois piliers. D'abord, une analyse approfondie du droit positif français et de la mise en œuvre concrète de la loi de 2018. Cette analyse a été réalisée par une équipe pluridisciplinaire qui s'est réunie régulièrement durant 3 ans pour échanger sur la problématique de la protection du secret des affaires et son appréhension dans leur domaine respectif de spécialité : droit international, pénal, droit de la responsabilité civile, droit du travail, droit des entreprises en difficulté, droit économique et financier, notamment. Elle est retranscrite dans la première partie de notre rapport<sup>6</sup>. Ensuite, le rapport s'appuie sur une large ouverture comparative : grâce au réseau international de l'Association Henri Capitant, des données issues de nombreux pays ont pu être recueillies et ont nourri la réflexion. Ces éléments figurent dans la deuxième partie du rapport<sup>7</sup>. Enfin, le rapport s'inscrit dans une démarche de concertation : il a bénéficié de contributions d'universitaires et de praticiens, et a été discuté lors d'un colloque organisé à l'Université de Bordeaux. Le rapport s'inscrit dans une démarche de concertation<sup>8</sup>, ce qui a permis de confronter les analyses et d'enrichir les propositions. La retranscription de ces échanges se trouve dans la troisième partie du rapport<sup>9</sup>.

**6. - Présentation.** Afin de rendre compte de la démarche et des conclusions du rapport Capitant sur

le secret des affaires, seront présentés, les principaux constats dressés par le rapport (I) ainsi que les propositions d'évolution qu'il formule en vue de renforcer l'efficacité du dispositif actuel (II).

## I. Les constats

**7. - Au titre des constats,** le rapport met en lumière les avancées issues de la loi du 30 juillet 2018 (A), tout en soulignant les limites du dispositif mis en place (B).

### A. Des avancées

**8. - Un cadre juridique général et unifié.** Le mérite essentiel de la loi du 30 juillet 2018 est la création d'un cadre juridique général et unifié du secret des affaires, là où n'existaient auparavant que des dispositifs épars fondés sur la responsabilité civile, la concurrence déloyale ou certaines incriminations pénales. Il s'agit d'un progrès notable : le législateur français a cherché à instaurer une cohérence globale, d'abord, en définissant ce qu'est un secret des affaires, ensuite, en précisant les modalités de sa protection.

**9. - La définition du secret des affaires.** Une première avancée a ainsi été l'introduction en droit positif d'une définition légale du secret des affaires, aujourd'hui inscrit à l'article L151-1 du Code de commerce. Selon la loi, et conformément à la définition contenue dans la directive de 2016, une information constitue un secret des affaires si elle n'est pas « généralement connue ou aisément accessible », possède « une valeur commerciale » et a fait l'objet « de mesures de protection raisonnables » pour en préserver le caractère confidentiel.

**10. - Des outils de protection.** Le rapport souligne ensuite un deuxième progrès majeur : la mise en place de véritables outils de protection. La loi de 2018 donne en effet au juge la possibilité d'agir concrètement pour prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires. Ainsi, à titre provisoire, le juge peut suspendre l'utilisation ou la divulgation du secret, ou encore ordonner la saisie ou le placement sous séquestre des documents ou produits concernés. Et, de manière définitive, il peut interdire toute utilisation du secret, ordonner la destruction des documents litigieux, ou le

6. La protection du secret des affaires, *op.cit.*, pp.17-185.

7. *Op. cit.*, pp. 198-325.

8. « La protection du secret des affaires », (dir.) Pr. V. Malabat et H. Skrzypniak, colloque organisé le 18 octobre 2024 à Bordeaux.

9. *Op. cit.*, pp. 412-450.

retrait des produits fabriqués grâce à la violation d'un secret des affaires. La loi de 2018 innove également sur le terrain de la responsabilité civile. Le rapport présente ainsi le cadre spécifique mis en place par la loi afin de permettre à toute personne victime d'une atteinte au secret des affaires d'en demander réparation. Et, en ce domaine, la loi introduit une réelle avancée : à l'image du régime de la contrefaçon, elle autorise le juge à prendre en compte, dans le calcul des dommages et intérêts, non seulement le préjudice de la victime, mais aussi les profits réalisés par l'auteur de l'atteinte. Cette approche introduit ainsi une nouvelle exception au principe de la réparation intégrale, et ouvre la voie à une forme d'indemnisation plus dissuasive et adaptée aux enjeux économiques liés au secret des affaires.

**11. - Des avancées procédurales.** En parallèle, la loi renforce la protection procédurale des informations confidentielles. Elle permet désormais au juge de restreindre la publicité des débats, de limiter la communication de certaines pièces ou encore d'expurger des décisions les passages contenant des éléments relevant d'un secret des affaires. C'est un progrès significatif : il s'agit d'éviter que le procès lui-même ne devienne une nouvelle source de divulgation, aggravant le préjudice de la victime. Ainsi, la loi ne se contente pas d'assurer une protection théorique du secret des affaires : elle en garantit également la préservation tout au long du processus judiciaire.

**12. -** Mais si le rapport souligne ces différentes avancées dans la protection des secrets des affaires, il en relève également les limites.

## B. Des limites

**13. - Une analyse comparative.** Le rapport Capitant met en évidence plusieurs fragilités du dispositif instauré par la loi de 2018. Ces imperfections sont mises en perspective par une comparaison avec les autres instruments juridiques existants - qu'il s'agisse du contrat, de la responsabilité civile, du droit pénal ou encore du droit de la propriété intellectuelle. Il en ressort deux limites majeures tenant, d'abord, à la délimitation de son domaine et, ensuite, aux modalités de sa protection.

**14. - La définition du secret des affaires.** S'agissant du domaine du dispositif mis en place par la loi de 2018,

une première difficulté tient à la définition même du secret des affaires, qui demeure source d'incertitudes. La loi reprend la définition européenne : est protégée toute information qui n'est pas généralement connue et accessible, qui présente une valeur commerciale, et qui fait l'objet de mesures raisonnables de protection. Or, en pratique, chacun de ces critères soulève des interrogations. Prenons le premier critère : celui du caractère secret de l'information. À cet égard, puisque la loi indique que l'information secrète est celle qui n'est pas « *généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* »<sup>10</sup>, il faut donc en déduire que le secret n'a pas à être absolu. Une information peut être protégée même si elle est partagée au sein d'un « cercle de confidentialité », c'est-à-dire un groupe restreint de personnes tenues à une obligation de discrétion comme les employés ou les partenaires contractuels. Toute la difficulté réside alors dans la définition de ce cercle de confidentialité. Le texte ne précise ni son étendue ni les conditions concrètes permettant de maîtriser le secret, si bien que l'appréciation est relative, et reste contextuelle, ce qui est source d'insécurité. Les mêmes incertitudes concernent le deuxième critère qui évoque l'existence d'« une valeur commerciale » : que doit-on entendre par « valeur commerciale » ? Est-ce que la valeur doit être actuelle ? Peut-elle être potentielle ? Est-ce qu'une information dite négative, c'est-à-dire une information qui ne présente pas de valeur économique en elle-même, mais dont la révélation est susceptible de porter préjudice à la société (telle que la révélation de ses difficultés financières), peut être considérée comme une information ayant une valeur commerciale ? Quant au troisième critère, celui des « mesures raisonnables », que faut-il y entendre ? Ce critère fait-il faire référence à des clauses de confidentialité ? Faut-il aller plus loin dans les mesures ? Là encore, aucune précision. Le rapport souligne alors que, faute de définition précise du secret des affaires, il reste difficile de distinguer cette notion d'autres secrets protégés par le droit français : secret professionnel, secret bancaire, information privilégiée, secret de la défense nationale... Les frontières ne sont pas toujours claires, et les juges doivent parfois arbitrer entre des logiques concurrentes.

**15. - L'identification du détenteur légitime.** Une autre zone d'incertitude concerne la notion de « détenteur légitime » d'un secret des affaires. La loi indique sim-

<sup>10</sup>. Art. L. 151-1 Code de commerce

plement qu'il s'agit de la personne qui a le « contrôle licite » du secret, sans préciser la nature ni l'étendue de ce contrôle. Est-il matériel, juridique ? S'agit-il d'un secret exclusif ou peut-il être partagé ? De ces questionnements découlent de nombreuses incertitudes quant à l'identification du détenteur légitime. La question se pose notamment dans les relations de travail : l'employeur détient-il toujours le secret, même lorsque celui-ci a été développé par un salarié ? Elle se pose aussi dans les réseaux d'affaires ou les partenariats : qui du franchiseur ou du franchisé, du donneur d'ordre ou du sous-traitant, peut se prévaloir du secret ? Enfin, qui peut agir en justice et demander réparation en cas d'atteinte ? La loi reste silencieuse sur ces points.

**16. - Les modalités de protection.** Le rapport relève aussi les limites des mesures de protection et de réparation. Il souligne ainsi le domaine limité de la protection procédurale, qui ne s'applique qu'aux juridictions civiles, commerciales et administratives, laissant de côté les juridictions pénales. S'agissant de la réparation, l'évaluation du préjudice reste complexe : les victimes peinent à démontrer la réalité de leurs pertes, les bénéfices tirés par l'auteur de la violation sont difficiles à chiffrer, si bien que, souvent, le montant des dommages et intérêts dévolus est en deçà du préjudice réellement subi par la victime. En outre, l'absence de sanction pénale réduit la portée dissuasive du dispositif. Enfin, le rapport souligne que la protection des secrets des affaires est nécessairement limitée par la conciliation avec d'autres intérêts en présence, d'autres droits et notamment la liberté d'expression, le droit de la preuve, les obligations de transparence, de communication, de déclaration... Cette articulation délicate limite, par nature, l'efficacité absolue du dispositif.

**17. -** À partir de ces constats, le rapport Capitant formule alors plusieurs propositions d'évolution destinées à rendre la protection du secret des affaires plus cohérente, plus efficace et mieux articulée avec les autres branches du droit.

## II. Les propositions

**18. -** Les propositions peuvent être synthétisées autour de deux objectifs : d'une part, clarifier le cadre juridique actuel (A), d'autre part, renforcer son efficacité (B).

### A. Clarifier le cadre juridique

**19. - Deux points de clarification.** Selon le rapport, un effort de clarification mériterait d'être porté non seulement sur les critères permettant de définir le secret des affaires, mais aussi sur ceux permettant d'identifier le détenteur légitime d'un tel secret.

**20. - Les critères de définition du secret des affaires.** S'agissant, d'abord, des critères de définition du secret des affaires, c'est en premier lieu le critère du caractère secret de l'information qui pourrait être affinée. À cet égard, le rapport suggère que certaines informations – par exemple les procédés techniques, les données économiques ou les stratégies commerciales – puissent bénéficier d'une présomption de secret, tout en laissant une marge de manœuvre au juge qui pourrait ainsi adapter la protection à chaque cas. Autre point important : le rapport recommande de mieux encadrer la notion de « cercle de confidentialité », notamment dans les relations de travail et les relations d'affaires, pour savoir jusqu'où le secret peut être partagé sans perdre sa protection. En second lieu, le rapport propose de préciser le deuxième critère relatif à la valeur commerciale du secret. De façon plus précise, le rapport invite à considérer comme secret « toute information non connue du secteur, précise, et de nature à affecter la performance de l'entreprise à court ou moyen terme ». Autrement dit, le secret des affaires pourrait aussi inclure des informations à valeur négative, c'est-à-dire dont la révélation aurait des effets préjudiciables sur l'activité de l'entreprise. Enfin, concernant le troisième critère tenant aux mesures de protection raisonnables, le rapport recommande de retenir des standards minimaux, comme la présence de clauses de confidentialité dans les contrats et la mise en place de dispositifs techniques de sécurité proportionnés à la valeur du secret.

**21. - L'identification du détenteur légitime.** S'agissant, ensuite, de la notion de détenteur légitime, le rapport propose plusieurs clarifications afin de donner à cette notion une portée plus concrète et plus sécurisante, pour que les acteurs économiques sachent précisément qui détient quoi, et qui peut se prévaloir du secret. À ce titre, il est notamment suggéré de préciser les droits respectifs de l'employeur et du salarié lorsqu'un secret est créé ou développé dans le cadre du travail, afin d'éviter les litiges internes. Une autre proposition vise à affiner la notion de « contrôle licite » : il s'agirait de définir plus clairement s'il s'agit d'un contrôle matériel, juridique, exclusif ou partagé

clairement s'il s'agit d'un contrôle matériel, juridique, exclusif ou partagé ce qui permettrait d'identifier plus clairement qui peut agir en justice en cas d'atteinte.

22. - Au-delà des définitions, le rapport insiste sur la nécessité de rendre la protection plus opérationnelle et plus dissuasive.

## B. Renforcer l'efficacité du dispositif

23. - Les propositions du rapport sont d'ordre procédural et substantielle.

24. - **Sur le plan procédural**, d'abord, plusieurs propositions sont formulées, telles que la création d'un mécanisme inspiré de la saisie-contrefaçon, qui permettrait de faciliter la preuve des atteintes au secret, tout en garantissant la confidentialité des éléments saisis grâce au séquestre provisoire ; ou bien encore, l'élargissement de la protection procédurale (comme la possibilité de restreindre la publicité des débats ou de protéger certaines pièces) aux procédures pénales, qui en sont aujourd'hui exclues.

25. - **Sur le plan substantiel**, ensuite, le rapport envisage plusieurs pistes. Il est ainsi suggéré d'introduire une amende civile dissuasive, pouvant aller jusqu'à dix fois le montant du profit réalisé grâce à l'atteinte au secret. Cette amende serait indépendante de la réparation du préjudice. Elle ne vise pas à compenser une perte, mais à dissuader la violation en rendant l'atteinte économiquement non rentable. L'objectif est de neutraliser tout avantage économique tiré de l'atteinte au secret et de rétablir un équilibre entre le coût du

risque juridique et le gain potentiel résultant de la violation du secret. En revanche, le rapport écarte la création d'une incrimination pénale spécifique, estimant que la définition du secret est trop imprécise pour respecter le principe de légalité. Il envisage une autre piste pour accroître le caractère dissuasif du dispositif : renforcer les obligations de confidentialité en renvoyant explicitement à l'article 226-13 du Code pénal sur la violation du secret professionnel. Ce renvoi permettrait d'ancrer la protection du secret des affaires dans une logique de secret professionnel, déjà pénalement sanctionnée, tout en renforçant la crédibilité et l'efficacité du dispositif civil existant. Le rapport appelle aussi à renforcer la loi de blocage, pour mieux protéger les entreprises françaises soumises à des procédures de *Discovery* étrangères, notamment américaines. Enfin, il insiste sur la nécessité d'une meilleure articulation avec les autres secrets protégés, comme le secret professionnel, le secret bancaire, ou encore les informations privilégiées relevant du droit financier, afin d'éviter les chevauchements et les incertitudes d'interprétation.

26. - En définitive, le rapport Capitant dresse un bilan nuancé de la loi de 2018 : il salue la création d'un cadre général et novateur de protection du secret des affaires, tout en soulignant ses limites d'application, ses incertitudes conceptuelles et ses fragilités procédurales. Ses propositions — qu'il s'agisse d'affiner la définition du secret, de clarifier la notion de détenteur légitime ou de renforcer les outils procéduraux et les sanctions — visent toutes un même objectif : rendre la protection du secret des affaires plus prévisible, plus efficace et mieux articulée avec les autres branches du droit.