

DOSSIER

Quelle protection au sein de l'entreprise et dans les relations commerciales ?

Karl LAFaurIE

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

Elias KHROUZ

Avocat associé, cabinet Lawal (Casablanca)

Cédric DUBUCQ

Avocat associé, cabinet Bruzzo Dubucq

Laila SLASSI

Managing Partner, Afrique Advisors (Casablanca)

Martine BEHAR-TOUCHAIS

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), ancien membre du Conseil de la concurrence

1. - Karl Lafaurie¹. Avant de lancer le débat, il me revient d'introduire en quelques minutes le sujet afin d'en comprendre l'intérêt et les enjeux. Si une table ronde est consacrée à un thème qui pourrait paraître général — la protection du secret des affaires au sein de l'entreprise et dans les relations commerciales — c'est précisément parce que l'objet de la protection, à savoir le secret des affaires, n'est pas aussi aisé à appréhender qu'un bien au sens classique.

2. - Lorsqu'un bien est approprié, son propriétaire peut, grâce à son titre ou à la possession, opposer à quiconque son droit. Pour les biens incorporels, cette possibilité est plus complexe ; c'est d'ailleurs pour cela que des législations spéciales ont été adoptées afin de protéger leurs titulaires.

3. - Il n'est pas nécessaire que le législateur intervienne pour reconnaître aux personnes la faculté de s'approprier certaines valeurs, mais lorsque l'appropriabilité d'un élément est sujette à caution, la démonstration d'un droit ou, à tout le moins, d'un intérêt juridiquement protégé, devient plus délicate.

4. - La loi du 30 juillet 2018 a eu le mérite de clarifier

l'appropriation du secret des affaires en soumettant sa protection à des critères précis permettant d'en identifier l'objet.

5. - L'article L.151-1 du Code de commerce énonce ainsi un triple critère :

- L'information n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations dans 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.

6. - Ces critères montrent que le législateur n'a pas voulu réduire le secret des affaires à un bien stricto sensu. Certes, il a selon le texte une valeur commerciale, mais, comme l'a relevé Hélène Skrypniak, ce critère ne doit pas être appréhendé de manière trop étroite :

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

il convient aussi de protéger les informations dont la valeur — effective ou potentielle — tient à leur capacité à affecter la performance d'une entreprise. Cela explique aussi que le législateur ait préféré à la notion de propriétaire celle de détenteur légitime.

7. - L'article L.151-2 du Code de commerce définit ce dernier comme « celui qui en a le contrôle de façon licite ». En matière de secret des affaires, on évoque couramment l'entreprise comme détenteur légitime, mais il faut être plus précis : c'est la personne juridique — physique ou morale — qui pourra agir en justice pour obtenir la cessation des atteintes et la réparation du préjudice subi. La spécificité du secret des affaires tient à ce qu'il doit circuler un minimum pour avoir une utilité et être exploité. Contrairement à d'autres secrets, comme ceux de la vie privée, il a besoin d'être communiqué.

8. - Un premier facteur de communication du secret repose sur la pluralité des personnes qui peuvent être considérées comme membres de l'entreprise, sans être confondues avec la personne morale détentrice du secret. Dans l'exercice de leurs fonctions, les salariés, associés ou dirigeants peuvent avoir accès à des informations relevant du secret des affaires; ils doivent alors s'abstenir de toute utilisation ou divulgation non autorisée par le détenteur légitime, c'est-à-dire la société.

9. - Un second facteur de communication repose sur les liens entre entreprises distinctes. Les informations peuvent circuler plus librement que des œuvres protégées ou des inventions brevetées. Même si la loi offre aujourd'hui une protection automatique aux informations à caractère confidentiel, il reste important d'identifier ces informations et d'en préciser, par contrat, le contenu et les conditions de protection, surtout lorsqu'elles sont partagées entre entreprises ou avec des partenaires.

10. - Cela conduit à la dernière question qui sera plus précisément l'objet de nos discussions : comment protège-t-on une information susceptible d'être couverte par le secret des affaires? Le cadre de la protection découle naturellement du dispositif légal issu de la loi du 30 juillet 2018 et inscrit aux articles L.151-1 et suivants du Code de commerce. Il conviendra d'en préciser les contours pour comprendre comment cette protection légale s'articule avec les autres moyens de protection — qu'il s'agisse de la propriété industrielle ou des techniques contractuelles, lesquelles ont sou-

vent précédé la loi.

11. - Une fois le cadre de la protection ainsi exposé dans le premier temps de cette table ronde, il sera possible de s'intéresser à sa mise en œuvre plus concrète, pour laquelle le contexte a une incidence déterminante. On pourra alors se demander s'il existe une pluralité de membres au sein de l'entreprise, une circulation du secret en son sein, et surtout si cette entreprise entretient des relations avec des partenaires avec lesquels elle partage ce secret.

12. - Après le cadre de la protection viendra donc le temps d'envisager le contexte de sa mise en œuvre. Mais, pour commencer avec le cadre de la protection, deux questions mériteront d'être abordées.

13. - La première sera celle de la comparaison entre la protection du secret des affaires et celle offerte par le droit de la propriété industrielle. Sur ce sujet, j'aimerais entendre Maître Elias Khrouz, dont l'exposé nous nourrira sans nul doute de cette articulation essentielle.

14. - **Elias Khrouz.** Vous avez déjà évoqué une première problématique, celle de la catégorisation du secret des affaires : s'agit-il d'un bien, ou bien d'une autre forme d'actif informationnel? Cette question est essentielle, et son prolongement conduit directement à interroger la place du secret des affaires par rapport au droit de la propriété intellectuelle.

15. - Cette interrogation a été présente dès l'origine, aussi bien lors de la rédaction de la directive européenne que lors de la rédaction des dispositions de l'Accord ADPIC relatives à la protection des informations non divulguées, lesquelles avaient alors été rattachées à la notion de concurrence déloyale. Elle se retrouve également dans les travaux des législateurs chargés de transposer ces textes.

16. - C'est une question complexe. Pour simplifier, une grande partie de la doctrine considère que le secret des affaires ne relève pas, stricto sensu, de la propriété intellectuelle. Je partage plutôt cette analyse. Mais une autre partie de la doctrine estime que la protection du secret des affaires emprunte suffisamment de caractéristiques à la propriété intellectuelle pour en constituer une sorte de « frère jumeau ».

17. - En réalité, la qualification n'est pas seulement théorique : elle entraîne des réflexes juridiques dif-

férents. Si je me place en conseil juridique d'entreprise, la lecture de la directive ou de la loi française n'entraîne pas de difficulté particulière. En revanche, lorsque je me place en spécialiste du droit de la propriété intellectuelle, l'inconfort est réel. La propriété intellectuelle repose sur des critères clairs, sur des régimes éprouvés depuis plus de deux siècles, sur des exceptions précises et sur une jurisprudence abondante. On sait précisément ce qui est protégé, dans quelles limites et selon quelles modalités.

18. - À l'inverse, le secret des affaires suscite aujourd'hui plus de questions qu'il n'apporte de réponses. Son périmètre est encore en cours de consolidation, et c'est sans doute dans les années à venir, par l'effet combiné de la doctrine, du contentieux et éventuellement du législateur, que les contours de la protection se préciseront.

19. - Cette comparaison théorique a par ailleurs des implications très pratiques. Lorsqu'une entreprise innove, une question se pose immédiatement : faut-il protéger l'innovation par un droit de propriété intellectuelle — en particulier un brevet — ou bien recourir au secret des affaires ? Il est devenu classique de présenter aux entreprises les avantages et les inconvénients de chacune de ces voies.

20. - Le brevet présente l'avantage d'une opposabilité claire aux tiers, d'un périmètre de protection défini par les revendications, et de moyens d'action particulièrement efficaces, comme les mesures de saisie-contrefaçon, qui permettent d'obtenir la preuve d'une atteinte en forçant l'accès aux locaux d'une entreprise. À l'inverse, la protection par le secret des affaires n'est pas limitée dans le temps et, surtout, n'implique aucune obligation de divulgation.

21. - Or, la divulgation est un élément central du brevet : le monopole est accordé en contrepartie d'un enrichissement de l'état de la technique. Une invention brevetée doit être décrite de manière suffisamment précise pour qu'un spécialiste du domaine puisse la reproduire à l'expiration du brevet. Ce principe n'existe pas pour le secret des affaires, ce qui explique que certaines entreprises préfèrent le secret à la divulgation.

22. - Il faut toutefois souligner que le choix n'est pas binaire : il peut s'agir d'utiliser le secret des affaires en amont du dépôt d'un brevet, ou en complément d'un titre de propriété intellectuelle. C'est souvent ainsi que se construisent les stratégies efficaces.

23. - Reste une difficulté majeure : la délimitation du périmètre du secret d'un tiers. En propriété intellectuelle, le périmètre est fixé par le titre. En matière de secret des affaires, par définition, on ne sait pas ce qui est protégé. Or la loi impose de prêter attention au secret des autres. J'ai le sentiment qu'à ce stade, il est difficile, techniquement, de déterminer ce qui relève du secret d'un concurrent. Cela crée un risque d'atteinte non intentionnelle, voire de bonne foi.

24. - Enfin, se pose la question de l'équilibre des intérêts en présence. En propriété intellectuelle, cet équilibre est assuré par les exceptions, par la limitation de durée, et par la définition des critères de protection. Pour le secret des affaires, la question reste ouverte : comment garantir que la protection du secret ne portera pas atteinte à la liberté de la concurrence, à la liberté d'innovation ou encore à l'accès à l'information ?

25. - Ce sont ces problématiques qui, selon moi, structurent la comparaison entre propriété intellectuelle et secret des affaires.

26. - **Cédric Dubucq.** Il existe, en amont, une attente très forte des dirigeants lorsqu'il s'agit de protéger le secret des affaires. Lorsqu'un secret est violé, l'auteur de la violation se comporte comme un parasite, au sens biologique du terme : il se nourrit d'un organisme sain. Le dirigeant attend donc une réponse juridique et indemnitaire particulièrement ferme.

27. - Avant la réforme, pour reprendre la question soulevée, nous disposions essentiellement de deux voies. La propriété intellectuelle, d'une part, permettait parfois de pallier certaines atteintes. Mais dès lors qu'un brevet est publié, le secret disparaît nécessairement. D'autre part, s'agissant des informations confidentielles non couvertes par un titre de propriété intellectuelle, aucun véritable régime juridique cohérent n'existait.

28. - On recourait alors à la technique contractuelle, en imposant des engagements de confidentialité, les fameux NDA. Mais, en réalité, ces engagements étaient souvent inefficaces. Pour le dire simplement, ils étaient signés par usage plus que par conviction. Et lorsque les clients demandaient ce qu'ils assuraient réellement, il était difficile de répondre, car le régime indemnitaire ne suivait pas.

29. - La victime se heurtait à une véritable *probatio diabolica* lorsqu'il s'agissait de démontrer son préjudice.

Selon la conjoncture économique, on pouvait toujours expliquer la situation autrement que par la violation du secret. Ainsi, le système demeurait largement inopérant. Et cela, alors même que l'espionnage industriel et les pratiques offensives se multipliaient dans un contexte de guerre économique.

30. - Aujourd'hui, avec l'instauration du droit du secret des affaires, nous disposons d'un régime qui s'applique de plein droit. Il reste nécessaire de démontrer les trois conditions prévues par la loi, ce qui suppose de la rigueur, mais la protection est enfin structurée.

31. - Deux observations à ce sujet.

32. - Première observation : que faire lorsque les trois conditions ne peuvent pas être pleinement réunies, mais que l'on souhaite néanmoins bénéficier de la protection du régime ? Il est possible d'ajouter aux engagements de confidentialité une clause par laquelle les parties conviennent expressément de soumettre l'information au régime du secret des affaires. C'est aujourd'hui une pratique courante. Elle a un effet dissuasif réel : en cas de violation, la responsabilité de l'auteur pourra être engagée et l'on pourra solliciter une indemnisation fondée sur la faute lucrative, ce qui ouvre des perspectives intéressantes pour la victime.

33. - Deuxième observation : le régime issu du droit du secret des affaires bouscule nos catégories classiques de responsabilité. Une jurisprudence de la cour d'appel de Paris, du 4 juin 2019, l'illustre bien. Dans cette affaire, après la fin d'un contrat de licence, l'auteur du manquement a été condamné sur le fondement de la contrefaçon, permettant ainsi de confisquer le profit illicitement obtenu. On applique donc, dans un même mouvement, des éléments relevant à la fois de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Le régime devient hybride, ce qui permet une action plus efficace pour démontrer et réparer le préjudice.

34. - Je m'arrête là pour l'instant.

35. - **Karl Lafaurie**. Comme cela vient d'être souligné, la réforme permet désormais de préférer la loi au contrat lorsque la protection porte sur des éléments relevant du secret des affaires. Le contrat n'est plus l'unique instrument d'anticipation, et la clause pénale, souvent difficile à calibrer, n'est plus nécessairement centrale. La simple référence aux articles L.151-1 et suivants du Code de commerce suffit à renforcer l'engagement de confidentialité.

36. - Dès lors, le cadre étant posé, il convient de s'attacher aux instruments concrets de protection du secret au sein de l'entreprise. En effet, pour bénéficier de la protection légale, l'article L.151-1 exige que le détenteur du secret ait mis en place des mesures raisonnables de préservation du secret, compte tenu des circonstances.

37. - Nous allons donc examiner successivement :

- la protection du secret à l'intérieur de l'entreprise ;
- puis sa protection dans les relations commerciales externes.

38. - Je cède la parole à Maître Slassi pour nous éclairer à ce sujet.

39. - **Laila Slassi**. La présentation de l'état du droit français avant la réforme permet de comprendre assez précisément les difficultés auxquelles nous sommes confrontés en pratique au Maroc. Nous n'avons pas, au Maroc, une reconnaissance explicite du secret des affaires comme en France. Lorsque le Professeur Lucas m'a sollicitée pour intervenir, je lui ai d'ailleurs répondu très franchement que je n'étais pas certaine de ce que nous pouvions dire sur le sujet en droit marocain. Mais, en approfondissant la question, il apparaît que notre droit, sans consacrer un régime autonome du secret des affaires, reconnaît et protège le secret sous plusieurs formes. Autrement dit, même de manière implicite, la valeur économique de la discrétion est bien admise.

40. - Cette protection est éparpillée dans différents textes. Par exemple, la loi 31-13 sur le droit d'accès à l'information exclut l'accès lorsqu'il porterait atteinte aux secrets industriels, commerciaux, financiers ou à la propriété intellectuelle. Le Code pénal sanctionne la captation, l'enregistrement ou la transmission, sans consentement, de paroles ou d'informations confidentielles, et vise également les salariés ou mandataires qui divulguent, même après la fin de leurs fonctions, des informations obtenues dans le cadre de leur emploi.

41. - Le Code du travail impose un devoir de loyauté au salarié, qui inclut l'obligation de ne pas divulguer les secrets professionnels de l'entreprise. De même, le Code des obligations et des contrats érige un principe de bonne foi dans l'exécution du contrat et permet d'engager la responsabilité civile en cas d'abus de droit ou de concurrence déloyale fondée sur l'usage fautif

d'une information confidentielle.

42. - Cependant, si nous pouvons identifier la faute, la question de la réparation reste problématique. Les victimes attendent une réponse forte, mais, en pratique, les décisions rendues ne répondent pas à ces attentes. C'est pourquoi, en l'absence d'un cadre juridique unifié et réellement efficace, les entreprises que j'accompagne mettent en place des outils organisationnels internes pour prévenir les risques.

43. - Ces outils sont variés. On trouve de plus en plus de chartes internes de confidentialité, annexées aux contrats de travail ou aux contrats fournisseurs, précisant précisément les règles de manipulation de l'information. Les entreprises organisent également des formations de sensibilisation : la confidentialité est une culture, qui doit être portée par la gouvernance et intégrée aux pratiques quotidiennes.

44. - Par ailleurs, les organisations mettent en place des politiques de gestion des habilitations, pour déterminer qui a accès à quelles informations, selon quelles modalités et à partir de quel moment. Cela conduit à la création de nouveaux rôles internes chargés de contrôler et tracer ces accès.

45. - Dans les partenariats commerciaux (joint-ventures, contrats de coopération, etc.), les clauses de confidentialité et, parfois, les clauses pénales sont renforcées. Toutefois, comme l'a rappelé Maître Dubuc, ces clauses pénales peuvent être révisées – voire ignorées – par le juge.

46. - En définitive, notamment dans les PME marocaines, il est nécessaire d'évoluer d'une logique de confiance personnelle dans la circulation de l'information vers une logique de traçabilité organisée. L'objectif est de disposer, en amont, de mécanismes de prévention et de preuve, afin d'éviter de se retrouver devant un juge qui n'aurait ni les moyens d'évaluer pleinement le préjudice, ni la sensibilité nécessaire pour en saisir l'étendue, puisque ce préjudice peut être difficile à démontrer et, parfois, supérieur à ce que l'on peut formuler au moment de la demande.

47. - **Karl Lafaurie.** C'est particulièrement intéressant d'observer une pratique qui s'est construite sans l'appui d'un régime légal structuré, parce que cela nous permet, en retour, de mieux comprendre quelles sont les mesures de protection raisonnables qu'il faut mettre en place pour prétendre au bénéfice du secret

des affaires. Il y a donc, de ce point de vue, une véritable complémentarité.

48. - Nous avons vu jusqu'ici des outils adoptés dans un contexte où l'information circule, où elle est partagée au sein ou entre des organisations, mais dans un cadre plus ou moins maîtrisé. Il existe également des dispositifs conçus non pas pour organiser la communication, mais pour éviter qu'elle ne se produise. Ils sont indispensables en pratique, mais aussi d'un point de vue juridique, puisqu'ils permettent d'établir que tout a été fait pour préserver effectivement le caractère secret de l'information.

49. - Ce sont précisément ces outils techniques – ceux qui relèvent à la fois de l'organisation interne et de la maîtrise des systèmes d'information – sur lesquels j'aimerais que nous vous entendions maintenant. Maître Dubucq, peut-être pouvez-vous commenter, puis Maître Slassi.

50. - **Cédric Dubucq.** Je vais commencer par une observation générale. Le juriste, sur ces questions, adopte souvent une attitude défensive : il cherche à protéger l'information, mais il ne réfléchit pas toujours à la manière dont celle-ci peut être acquise par celui qui la convoite. Or, c'est un point essentiel.

51. - D'abord, il faut rappeler que « cela n'arrive pas qu'aux autres ». Dans les entreprises, il existe encore cette idée que l'espionnage industriel toucherait toujours les concurrents, jamais soi-même. Pourtant, aujourd'hui, l'espionnage industriel est constant.

52. - Ensuite, les sources de vulnérabilité sont de deux ordres : les personnes et les données.

53. - Pour ce qui concerne les personnes, certaines entreprises font désormais appel conjointement à des cabinets d'avocats et à des cabinets d'intelligence économique pour organiser ce que l'on appelle des Red Teams. L'idée est d'identifier, en amont, les actifs informationnels sensibles, puis de déterminer comment ils pourraient être obtenus : par les humains ou par les données.

54. - Sur le volet humain, la réalité est assez simple : on obtient des informations en faisant parler les personnes. Et il est souvent beaucoup plus aisé de faire parler un stagiaire qu'un associé. De même, l'on soutire plus facilement des informations à un sous-traitant qu'à l'entreprise principale. Cela montre que

la faille humaine demeure l'un des points d'entrée les plus courants.

55. - L'autre versant, ce sont les données. Il existe, au sein des organisations, une culture plus ou moins solide de la protection de l'information. Les vulnérabilités tiennent parfois à des éléments très basiques : un serveur « ouvert », un mot de passe faible, une architecture numérique non maîtrisée. Aujourd'hui, grâce à ce qu'on appelle l'open source intelligence, on peut, simplement à partir de données accessibles en ligne ou issues de fuites du web ou du dark web, reconstituer le profil de nombreuses personnes : adresses e-mail, comptes compromis, historique de connexions, etc. Les possibilités de collecte sont considérables.

56. - Tout cela existe, et c'est relativement facile à mettre en œuvre. La véritable difficulté est donc d'en prendre conscience : identifier les menaces, comprendre qu'elles peuvent venir de multiples acteurs – concurrents directs, partenaires, prestataires – et mettre en place les mesures de protection en amont, avant que le secret ne soit compromis. Une fois l'information divulguée, le dommage est souvent irréversible.

57. - **Karl Lafaurie.** Les menaces étant désormais clairement identifiées, une question demeure : peut-on se rassurer grâce aux outils techniques ? On a tout de même le sentiment que des progrès importants ont été accomplis dans ce domaine.

58. - **Laila Slassi.** S'agissant des outils techniques, il faut reconnaître que nous n'en avons pas une quantité considérable à disposition. Toutefois, certains dispositifs méritent d'être rappelés. Aujourd'hui, la protection du secret des affaires se joue autant sur les serveurs que dans les contrats. La sécurisation de l'accès aux systèmes d'information est aussi déterminante que la rédaction juridique destinée à prévenir les divulgations.

59. - Dans la pratique, on voit se développer des clauses de cyber sécurité dans les contrats liant l'entreprise à ses partenaires ou fournisseurs. Ces clauses leur imposent une obligation de moyens renforcée pour assurer la protection des informations sensibles qui leur sont communiquées. Il s'agit donc de renforcer leur vigilance, précisément parce que la nature des informations partagées l'exige.

60. - Mais, en droit marocain, lorsque ces obligations

ne sont pas respectées, les solutions restent limitées : nous nous retrouvons souvent démunis. D'où l'importance de renforcer ces obligations en amont, et non de compter sur les sanctions a posteriori.

61. - Il existe toutefois certains secteurs dans lesquels la protection est encadrée plus strictement par la loi, notamment les secteurs bancaire et financier. Les établissements agréés y sont soumis à des règles de sécurisation des systèmes beaucoup plus exigeantes que les entreprises ordinaires.

62. - Pour le reste, peu d'outils juridiques existent en dehors de cette logique d'obligation de moyens renforcée. Ce qui renvoie, encore une fois, à la maîtrise de l'outil technique en amont.

63. - Nous avons d'ailleurs connu, au Maroc, un épisode récent qui a placé la question de la cyber sécurité au cœur du débat national : le piratage des données de la Caisse nationale de sécurité sociale. Les salaires de centaines d'entreprises, avec noms et identités des salariés, ont été rendus publics et diffusés, notamment via des serveurs Discord. Pendant plusieurs semaines, chacun allait vérifier le salaire de chacun. Ce fut un véritable choc pour les entreprises, qui ne s'attendaient pas à voir des informations aussi sensibles exposées aussi brutalement.

64. - Cet événement a conduit à une multiplication des audits internes, mobilisant experts en cyber sécurité et avocats, afin de vérifier l'état des contrats et la solidité des relations avec les partenaires. Car, une fois encore, les outils juridiques pour réparer après coup sont limités, d'où la nécessité d'une vigilance accrue en amont, aussi bien sur le plan technique qu'organisationnel.

65. - **Karl Lafaurie.** Maître Dubucq, pouvez-vous donner des exemples concrets d'outils techniques ?

66. - **Cédric Dubucq.** Pour cette question, tout dépend du secteur. Dites-moi dans quel secteur vous opérez et je vous dirai, entre guillemets, comment on pourrait techniquement protéger le secret et en faire un actif. Je commencerai peut-être par le secteur pharmaceutique / biotech, où l'espionnage industriel est constant.

67. - Dans ce secteur coexistent le brevet et le savoir-faire. La protection du savoir-faire s'intègre alors dans la protection du secret des affaires et constitue, en quelque sorte, une seconde peau du droit de la propriété industrielle. Techniquement, on protège cela

d'abord en cloisonnant les laboratoires, ce qui limite les fuites d'informations sensibles, puis en chiffrant intégralement les données. C'est une pratique désormais courante que les juristes doivent connaître. Autre levier pratique : la publication différée des recherches avant le dépôt du brevet.

68. - Ce sont là trois mesures essentielles dans ce secteur — il y en a d'autres, bien sûr, mais celles-ci reviennent souvent chez les clients que nous accompagnons.

69. - Deuxième cas : l'aéronautique et la défense. Là, le secret des affaires relève davantage d'un véritable protocole de sécurité : si un plan d'avion ou un algorithme de guidage fuit, la conséquence peut être une faille stratégique nationale. On protège ces informations en compartimentant strictement les accès (un ingénieur n'a pas l'ensemble des plans), et en hébergeant les données sur des serveurs souverains audités, afin de s'assurer qu'aucun État ou acteur étranger n'y ait accès. C'est essentiel.

70. - **Karl Lafaurie.** On voit souvent apparaître la question de la *dataroom*. Concrètement, comment cela fonctionne-t-il ?

71. - **Cédric Dubucq.** La *dataroom*, terme anglais désormais incontournable, remplace les vieilles pratiques où des collaborateurs étaient enfermés la nuit avec des dossiers imprimés. Aujourd'hui, la *dataroom* est un coffre-fort numérique centralisant l'ensemble des documents accessibles sous conditions : l'accès est subordonné à un engagement de confidentialité, et les données sont consultées dans un environnement contrôlé par les juristes et les experts. Cela simplifie l'analyse et renforce la traçabilité.

72. - Il faut aussi signaler la cohabitation entre régimes : le secret de la défense peut, selon les cas, venir doubler la protection commerciale — le rapport l'a bien mis en lumière — et permettre une protection plus large que celle offerte par le droit commercial seul.

73. - Enfin, un dernier exemple : le luxe et la mode. Pour beaucoup d'étudiants attirés par ce secteur, sachez que la protection du secret des affaires y joue un rôle anti-contrefaçon. On cherche à préserver la rareté et le mystère des créations. Concrètement, cela passe par des engagements de confidentialité systématiques, l'interdiction des téléphones dans les ateliers, et des systèmes technologiques comme la RFID ou la block-

chain pour horodater et enregistrer la création — des preuves qui facilitent ensuite l'action contre la *fast fashion*. Certaines applications permettent aujourd'hui d'effectuer des captures horodatées et enregistrées sur un registre distribué à coût réduit, ce qui rend l'action en contrefaçon plus accessible.

74. - En résumé : la protection technique varie selon le secteur — cloisonnement et chiffrage en pharma, compartimentation et serveurs souverains en aéronautique/défense, *datarooms* pour les cessions et *due diligences*, et RFID/blockchain dans le luxe — mais l'idée commune est d'agir en amont, par des mesures organisationnelles et techniques adaptées, pour transformer l'information en un actif effectivement protégeable.

75. - **Karl Lafaurie.** Parfait, merci beaucoup. C'était une question "bonus", la réponse n'était pas obligatoire — nous sommes donc gâtés. Et, en plus, vous avez ouvert la perspective du secteur du luxe. Ce qui nous amène à rappeler que la protection du secret des affaires ne se limite pas à l'interne de l'entreprise. Elle s'exerce également dans les relations commerciales. Beaucoup d'entreprises sont interdépendantes en raison des liens contractuels qu'elles nouent, notamment dans le secteur de la distribution. Et la concurrence elle-même crée une forme d'interdépendance.

76. - Nous allons maintenant aborder deux points. Le premier portera sur la protection du secret des affaires dans les relations avec les partenaires commerciaux, notamment dans le cadre de la distribution. Ce sera l'objet de l'intervention du Professeur Béhar-Touchais. Et nous envisagerons ensuite quelques aspects de concurrence avec Maître Dubucq.

77. - **Martine Behar-Touchais.** Le secret des affaires dans la franchise soulève deux questions : d'une part, l'identification du détenteur légitime du secret ; d'autre part, la détermination de la personne pouvant agir en cas d'atteinte et des fondements mobilisables.

78. - Avant cela, il est nécessaire de préciser qu'il existe bien un secret des affaires dans la franchise. Le savoir-faire transmis au franchisé constitue un élément essentiel du réseau. La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées mentionne à son considérant 14 le savoir-faire, sans le limiter au seul savoir-faire brevetable. Elle vise également le savoir-faire commercial, c'est-à-dire les méthodes permettant l'organisation et l'exploitation d'un point de vente.

79. - Le considérant 14 précise toutefois que sont exclues de la protection les informations généralement connues ou aisément accessibles aux professionnels du secteur. Cette formulation conduit à s'interroger lorsque plusieurs réseaux de franchise, dans un même domaine, fonctionnent selon des méthodes proches. Il existe des secteurs, comme celui des franchises de boulangerie, où plusieurs réseaux appliquent des procédés comparables. Une décision de la Cour de cassation relative à des réseaux de boulangerie a néanmoins admis qu'un savoir-faire peut être protégé même s'il est partagé entre les membres du réseau, dès lors qu'il n'est pas accessible aux tiers, notamment aux candidats à la franchise². Ce qui importe est donc que l'information ne soit pas connue de ceux qui ne font pas encore partie du réseau.

80. - Le savoir-faire en franchise n'a pas à être original. Il doit être substantiel, c'est-à-dire permettre au franchisé d'exploiter immédiatement l'activité. Le candidat qui rejoint le réseau se trouve à la tête d'un point de vente fonctionnel, ce qu'il n'aurait pas pu réaliser seul, faute de disposer du savoir-faire structuré par le franchiseur. Ce savoir-faire peut ne pas être entièrement secret entre les professionnels déjà intégrés au réseau, mais il demeure protégé tant qu'il n'est pas accessible aux personnes extérieures cherchant à entrer dans le secteur.

81. - Ce savoir-faire devrait entrer dans la protection du secret des affaires. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs que le savoir-faire de la franchise est couvert par cette protection. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 5 juin 2024 concernant l'enseigne Domino's Pizza, une partie poursuivie pour concurrence déloyale avait produit un document correspondant au manuel opératoire de la franchise³. La question était de savoir si ce document était secret, Domino's Pizza invoquant le secret des affaires pour s'opposer à sa production.

82. - La Cour de cassation a admis que ce document constituait un support de transmission du savoir-faire distinctif du franchiseur. Elle a relevé que le document contenait des conseils pour exploiter et gérer le point de vente et qu'il était présenté comme strictement confidentiel sur chacune de ses pages. Il s'agissait donc d'un manuel opératoire couvert par le secret des affaires.

2. Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14.291.

3. Cass. com., 5 juin 2024, n° 23-10.954.

83. - Cependant, la Cour a ensuite procédé à une mise en balance des intérêts. D'un côté se trouvait la protection du secret des affaires; de l'autre, le droit à la preuve. Elle a considéré que si la production du document était indispensable à l'exercice du droit à la preuve, ce droit primait sur la protection du secret des affaires. Elle a reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la production du manuel était ou non nécessaire à l'établissement de la preuve. Ainsi, même en présence d'une protection légale spécifique, si une pièce couverte par le secret est indispensable à une partie pour établir ses prétentions, le droit à la preuve peut l'emporter.

84. - Le savoir-faire commercial de la franchise relève donc bien du secret des affaires. Reste à déterminer qui en est le détenteur légitime : le franchiseur ou le franchisé. La notion déterminante est celle du contrôle. L'article 4, paragraphe 3, de la directive (UE) 2016/943 mentionne la violation du secret lorsqu'une personne agit sans le consentement du détenteur, notamment en violation d'un accord de confidentialité. Dans la franchise, c'est le franchisé qui signe un engagement de confidentialité. Cela indique que le détenteur du secret est le franchiseur, tandis que le franchisé s'engage à ne pas divulguer les informations reçues. Le franchisé ne contrôle pas le savoir-faire; il l'utilise dans les conditions fixées par le franchiseur.

85. - On peut toutefois distinguer deux situations. Dans la première, très répandue, le franchiseur est juridiquement la même personne que celle ayant exploité l'unité pilote. C'est cette exploitation initiale qui a permis de construire et de tester le savoir-faire avant de le transmettre aux franchisés.

86. - Dans la première hypothèse, le franchiseur détient un savoir-faire qu'il a mis au point en exploitant une unité pilote. Il fournit à cette unité les éléments permettant de tester et d'affiner ce savoir-faire. C'est le franchiseur qui en conserve la maîtrise, notamment parce qu'il peut en faire évoluer les composantes : modification de la liste des produits, adaptation des services, évolution des méthodes d'exploitation.

87. - Un arrêt de la cour d'appel de Rouen concernant la vente de thé et de café illustre cette situation. Le contrat de franchise prévoyait initialement la vente de produits conditionnés. Le franchiseur a ensuite décidé

de passer à la vente en vrac, afin de s'adapter à l'évolution de la demande des consommateurs. Un franchisé s'est opposé à cette évolution, soutenant que le franchiseur ne pouvait pas l'imposer. La cour d'appel a toutefois jugé que cette modification relevait de l'évolution du savoir-faire et qu'il appartenait au franchiseur d'en décider, dès lors qu'il en était le détenteur et qu'il en assurait le contrôle.

88. - Un autre exemple est fourni par un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2021⁴. Dans le réseau Planetsushi, un franchisé soutenait que l'accès à une application permettant aux clients de commander directement leurs produits devait être inclus gratuitement dans le savoir-faire transmis, puisque la redevance de franchise rémunérait déjà ce savoir-faire. La cour a cependant considéré que cette application ne constituait pas une évolution du savoir-faire. Le franchiseur avait en effet décidé que l'adhésion à l'application était facultative. Or, un élément du savoir-faire est obligatoire pour les franchisés. En rendant cet usage optionnel, le franchiseur montrait que l'application ne faisait pas partie du savoir-faire. Elle n'avait donc pas à être mise gratuitement à disposition : ceux qui souhaitaient l'utiliser devaient en supporter le coût. Ces décisions confirment que le franchiseur détermine le contenu du savoir-faire, ses évolutions et ses extensions, et qu'il en demeure le détenteur légitime.

89. - La seconde hypothèse concerne les situations dans lesquelles le franchiseur est juridiquement distinct de l'exploitant de l'unité pilote. Cela se rencontre lorsque le franchiseur crée une filiale ou confie à une société tierce la mission de tester le savoir-faire. Certains auteurs soutiennent alors que l'unité pilote serait le détenteur légitime du savoir-faire. Il convient toutefois de distinguer deux cas.

90. - Si la société franchiseur existe avant la société exploitant l'unité pilote, le détenteur légitime reste le franchiseur. Il autorise l'unité pilote à tester le savoir-faire, tout en en conservant le contrôle. Dans l'autre cas, l'unité pilote peut exister avant la société franchiseur. L'activité est testée ; si elle s'avère viable, une société franchiseur est ensuite constituée afin de développer le réseau. Dans ce cas, l'unité pilote est effectivement, au départ, le détenteur du savoir-faire secret qu'elle a élaboré. Mais dès lors qu'elle transfère ce savoir-faire à la société franchiseur, c'est cette der-

nière qui en assure le contrôle et devient le détenteur légitime.

91. - La deuxième question est de savoir qui peut agir lorsque le secret des affaires a été violé. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les mesures de protection, mais de déterminer si le franchisé peut agir, si le franchiseur peut agir et sur quels fondements.

92. - Imaginons qu'un franchisé subisse une baisse de chiffre d'affaires parce qu'un réseau concurrent commence à utiliser le même savoir-faire à la suite d'une fuite. Le franchisé est bien victime de la violation du secret des affaires. Cependant, il ne semble pas qu'il puisse agir sur le fondement du droit spécial. L'article L.152-2 du Code de commerce précise que la prescription court à compter du jour où le détenteur légitime du secret a connu ou aurait dû connaître la violation. La référence explicite au détenteur légitime du secret indique que c'est ce détenteur qui a qualité pour agir sur le fondement du régime spécial. Le franchisé n'étant pas le détenteur du secret, il ne peut, en principe, pas agir sur ce fondement. Son préjudice est un préjudice par ricochet.

93. - En revanche, le franchisé peut agir sur le fondement du droit commun de la responsabilité, à savoir l'article 1240 du Code civil. La situation est comparable à celle rencontrée en matière de rupture brutale de relations commerciales établies : le tiers ne peut agir sur le fondement du texte spécial, mais il peut agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

94. - Cette possibilité trouve un appui dans la jurisprudence dite « Bootshop » (Assemblée plénière, 6 octobre 2006 ; je ne suis pas en mesure de fournir ici la référence exacte du Bulletin), selon laquelle un tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. Cette solution a été nuancée par un arrêt de la chambre commerciale de 2024 (référence exacte non vérifiable ici), indiquant que le tiers devait supporter les conditions et limites applicables entre les contractants.

95. - Dans cet esprit, on peut considérer que toute violation du secret des affaires, au sens de la loi spéciale, constitue une faute délictuelle à l'égard des tiers dès lors qu'elle leur cause un préjudice. Cela permettrait au franchisé d'agir plus aisément sur le fondement du

4. CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 24 nov. 2021, n° 18/14501.

droit commun.

96. - Reste donc la seconde interrogation. Le franchisé est légitimement fondé à solliciter une indemnisation en cas de violation du secret des affaires, puisqu'il s'agit précisément de l'objectif du dispositif légal. La question est de savoir s'il doit nécessairement agir sur le fondement du droit spécial ou s'il lui est possible de choisir entre le droit spécial et le droit commun.

97. - La jurisprudence disponible en matière de franchise montre que, malgré l'existence du régime spécial, les franchiseurs continuent majoritairement d'agir sur le terrain du droit commun, et parfois en combinant les deux fondements. Cela laisse apparaître un conflit latent entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

98. - Le « Grand Rapport » se réfère à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de 2019, dans lequel il est affirmé que la directive en matière de droits d'auteur prévoit un régime de responsabilité minimal, qui ne peut être cumulé avec la responsabilité contractuelle lorsque celle-ci offre une protection moindre. La Cour de cassation a appliqué ce raisonnement le 5 octobre 2022⁵, en écartant la responsabilité contractuelle au profit du régime de la contrefaçon. Il existe donc un risque que cette approche soit transposée au secret des affaires, puisque la directive applicable en la matière instaure également une protection minimale.

99. - Ce raisonnement serait regrettable. Dans le cas d'un franchisé soumis à une obligation contractuelle de confidentialité, qui violerait cette obligation en divulguant le savoir-faire et en créant éventuellement un réseau concurrent, il importe de maintenir la possibilité d'agir sur le terrain contractuel. La clause pénale présente en particulier un intérêt majeur, puisqu'elle permet au franchiseur de ne pas avoir à établir son préjudice. Si la clause est contestée comme excessive, il est toujours possible d'argumenter que l'indemnisation obtenue sur le fondement du régime spécial aurait été inférieure, ce qui renverse la charge de la preuve. La clause pénale demeure donc un instrument efficace de protection du savoir-faire commercial.

100. - Par ailleurs, le contrat contient souvent des modes alternatifs de résolution des litiges, comme la médiation, auxquels il serait dommage de renoncer. La

suppression du fondement contractuel reviendrait également à écarter la possibilité de résolution du contrat aux torts du franchisé, lorsqu'il est à l'origine de la divulgation du secret. Une telle évolution constituerait un effet pervers de la loi : vouloir protéger le franchiseur tout en l'empêchant de mobiliser les moyens contractuels les plus efficaces.

101. - En outre, l'article L.152-8 du Code de commerce prévoit une amende civile pouvant atteindre 20 % du montant des dommages et intérêts demandés si l'action fondée sur le secret des affaires est exercée de manière dilatoire ou abusive. Cette sanction peut également viser le détenteur légitime du secret, ce qui relativise le caractère protecteur du régime spécial.

102. - Enfin, lorsque la violation du secret provient d'un tiers au contrat, la question se pose du choix entre la responsabilité délictuelle de droit commun et le régime spécial. L'arrêt Cristal de Paris du 12 février 2020⁶ avait admis que l'indemnisation puisse correspondre aux économies réalisées par l'auteur de la concurrence déloyale. Toutefois, un arrêt plus récent rendu dans l'affaire Uber⁷ est venu limiter cette solution : lorsque l'auteur rapporte la preuve que la victime n'a subi ni perte ni gain manqué, seul un préjudice moral, présumé mais limité, peut être alloué. Dans une telle hypothèse, le droit commun offre une protection moindre, ce qui justifie de privilégier le régime spécial.

103. - **Karl Lafaurie.** Maître Slassi, peut-être quelques compléments pratiques au sujet des clauses que l'on rencontre dans les rapports de distribution ?

104. - **Laila Slassi.** Au Maroc, il n'existe pas de loi spécifique régissant la franchise. On travaille donc avec le cadre juridique général. Les clauses contractuelles doivent être maniées avec prudence, car elles doivent demeurer proportionnées et juridiquement encadrées.

105. - La jurisprudence marocaine a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur les clauses de non-concurrence, qui constituent l'un des instruments permettant de protéger l'utilisation d'un savoir-faire acquis dans le cadre d'un partenariat préalable. Elle impose que ces clauses soient proportionnées : limitées dans le temps, limitées dans l'espace, et assorties d'une contrepartie. Cela rejoint, sur ce point, les exigences posées en droit français.

5. Cass. 1^{er} civ., 5 octobre 2022, n° 21-15.386

6. Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.536

7. Cass. com., 18 janvier 2023, n° 21-15.809

106. - La pratique contractuelle prévoit également l'insertion d'obligations pesant sur le détenteur du savoir-faire à l'issue de la relation contractuelle, notamment des obligations de restitution et de destruction des outils, supports ou documents mis à sa disposition pendant l'exécution du contrat. Ces stipulations visent à prévenir toute utilisation postérieure non autorisée du savoir-faire transmis.

107. - **Martine Behar-Touchais.** En droit français également, on rencontre ces clauses dites de « neutralisation », qui imposent par exemple au franchisé de détruire le manuel opératoire à la fin du contrat de franchise. Mais il est évident que la destruction du manuel papier ne garantit pas qu'aucune copie n'ait été réalisée auparavant.

108. - On trouve également les clauses de non-concurrence, dont l'objet ne se limite pas à la protection du savoir-faire. C'est pourquoi elles sont presque systématiquement accompagnées d'une clause de confidentialité et de non-usage du savoir-faire. Dans la pratique, le cumul de ces clauses vise souvent à entraver la sortie du franchisé du réseau. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs relevé que la mobilité des franchisés était insuffisante, précisément en raison de ce type de mécanismes dissuasifs : une fois sorti du réseau, le franchisé est plus susceptible de divulguer certaines informations qu'il n'aurait jamais révélées tant qu'il en faisait partie.

109. - Il convient donc de trouver un équilibre. Actuellement, la jurisprudence française adopte une position de plus en plus restrictive à l'égard des clauses de non-concurrence post-contractuelles. La loi Macron a introduit l'article L. 341-2 du Code de commerce, qui encadre davantage ces clauses : leur durée ne peut excéder un an ; elles ne s'appliquent que dans le local dans lequel était exercée l'activité ; il suffit donc de changer de local pour ne plus être concerné ; elles doivent avoir pour objet la protection du savoir-faire.

110. - Pour autant, certains juges estiment que le savoir-faire suffisant pour justifier la conclusion d'un contrat de franchise ne suffit pas nécessairement à justifier la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. On observe ainsi un mouvement jurisprudentiel plutôt défavorable à ces clauses, même si elles continuent d'être insérées dans les contrats et génèrent un contentieux très important.

111. - **Laila Slassi.** Une dernière remarque concernant

la protection offerte par le droit commun. Lorsque vous avez évoqué cet aspect, cela m'a rappelé un dossier dans lequel nous avons mobilisé une disposition du Code de commerce marocain prévoyant qu'un associé ne peut, sans l'accord des autres associés, réaliser pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers des opérations concurrentes ou s'immiscer dans des activités analogues à celles de la société. Il s'agit d'une véritable clause légale de non-concurrence.

112. - Ce mécanisme est particulièrement intéressant, car lorsqu'une telle concurrence est de nature à porter atteinte aux intérêts sociaux, les autres associés disposent de deux options : soit reprendre à leur compte les opérations engagées par l'associé fautif ; soit obtenir la restitution des bénéfices qu'il a réalisés en violation de cette interdiction.

113. - Ce fondement demeure cependant peu mobilisé en pratique devant les juridictions, alors même qu'il permet de sanctionner la situation dans laquelle un associé s'approprierait le savoir-faire développé au sein de la société pour créer une activité concurrente.

114. - **Martine Behar-Touchais.** En droit français, nous disposons d'outils similaires dans le cadre de la contrefaçon. L'arrêt Cristal de Paris avait notamment ouvert la voie à une indemnisation fondée sur l'économie de coûts réalisée par l'auteur de l'atteinte. Toutefois, il faut mesurer les difficultés probatoires : établir précisément les bénéfices illicites tirés par l'auteur de la violation, ou les coûts dont il a été dispensé, demeure très complexe.

115. - C'est pourquoi, lorsqu'une action peut être engagée sur le terrain contractuel, la clause pénale constitue souvent une voie plus efficace. Elle permet de fixer forfaitairement l'indemnité, sans avoir à rapporter la preuve détaillée du préjudice. Reste alors au débiteur à démontrer le caractère manifestement excessif du montant sollicité.

116. - **Cédric Dubucq.** Je souhaiterais revenir sur la question des dommages-intérêts à caractère restitutif, car il s'agit selon moi d'une avancée majeure dans le régime de protection du secret des affaires. Pour illustrer ce mécanisme, on peut rappeler l'exemple issu de la jurisprudence anglaise *George Blake*. Cet ancien agent des services britanniques, devenu agent double, avait publié un ouvrage depuis la Russie, ouvrage dont le succès lui avait procuré des gains importants. La justice britannique avait alors reconnu la possibilité de

confisquer les profits tirés de cette violation.

117. - Ce principe se retrouve aujourd'hui dans notre droit à travers l'article L.151-6 du Code de commerce, issu notamment des travaux du rapport Capitant. Dans la pratique, les entreprises ne mesurent pas toujours l'intérêt de cette action : certaines estiment ne pas avoir subi de préjudice économique manifeste ou encore souhaitent éviter de rendre public un acte d'espionnage économique.

118. - Pour évaluer le gain illicite, nous disposons de lignes directrices élaborées par la Cour d'appel de Paris, qui proposent une méthodologie d'analyse dite contrefactuelle. Il s'agit de comparer la situation économique telle qu'elle s'est déroulée — sur la base d'un modèle jugé illicite — à un modèle alternatif conforme au droit. Ce travail se réalise en collaboration avec des experts financiers.

119. - On retrouve cette approche dans des affaires récentes, notamment dans les litiges opposant des entreprises du secteur du transport, où l'on compare un modèle économique fondé sur la non-qualification des chauffeurs en salariés à un scénario où ceux-ci auraient dû être intégrés dans les coûts de l'entreprise.

La même méthode est également mobilisée dans des dossiers de concurrence déloyale impliquant des entreprises étrangères s'implantant sur le marché en éludant droits de douane, TVA ou coûts de production licites. Cette analyse permet d'évaluer la marge indûment réalisée.

120. - **Martine Behar-Touchais.** Je souscris pleinement à cette analyse. Il est effectivement possible de chiffrer le profit illicite, mais cela suppose de recourir à une expertise financière, dont le coût peut être élevé. Dans les dossiers d'envergure, l'investissement est pertinent ; dans des litiges plus modestes, le rapport coût-avantage peut être moins favorable.

121. - C'est pourquoi il est essentiel de maintenir la possibilité, pour le franchiseur, de choisir entre le recours au droit spécial fondé sur le secret des affaires et l'action contractuelle avec clause pénale. La clause pénale permet d'obtenir une indemnisation sans avoir à démontrer précisément l'ampleur du préjudice, ce qui peut constituer une option plus simple et plus efficace selon les cas. Il ne faudrait donc pas que l'application du régime spécial prive le franchiseur de cette voie d'action.