

Propos conclusifs

Valérie MALABAT

Professeur à l'Université de Bordeaux, Vice-présidente de l'Association Capitant, co-auteur du rapport Capitant

1. - L'objectif de cette journée était de présenter et de tester le rapport Capitant, en se concentrant sur les points jugés essentiels, à savoir l'efficacité du dispositif français de protection du secret des affaires, issu de la directive de 2016 et transposé par la loi de 2018¹. L'ambition d'efficacité de ce dispositif est nécessaire, mais elle reste difficile à atteindre.

2. - Elle est nécessaire car il ne faut pas perdre de vue la fonction sociale du droit. Ajouter des dispositions légales uniquement pour la forme, ou pour satisfaire des engagements européens, peut s'avérer inutile, surtout si les règles existantes permettent déjà de répondre aux situations. Comme le disait un Bordelais : les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires.

3. - De ce point de vue, la position du droit marocain apparaît plus sage. L'absence de droit spécifique conduit finalement à des solutions proches de celles que nous connaissons, même si le cadre légal est différent. Ainsi, l'efficacité est une ambition indispensable, mais qui reste difficile à réaliser.

4. - Il reste difficile de garantir l'efficacité d'un dispositif et de mesurer celle d'une norme, car il faut distinguer la norme en elle-même, abstraite, de sa capacité à être mise en œuvre. Certaines difficultés sont apparues, par exemple, sur le séquestre provisoire.

5. - La difficulté est renforcée par un contexte législatif et normatif général qui révèle des objectifs parfois contradictoires. La directive européenne et le droit français n'ont pas clairement tranché entre différentes logiques possibles – approche propriétaire, droit commun ou protection contractuelle. Le statut du secret des affaires reste ainsi ambigu, ce qui complexifie l'application concrète du dispositif.

6. - Dans un contexte général où la transparence s'impose à travers des obligations croissantes – identification des bénéficiaires effectifs, lutte contre le blanchiment, déclarations et dénonciations, compliance – la place du secret devient restreinte. Cette époque valorise la vertu affichée et la transparence absolue. La directive sur la protection du secret des affaires apparaît comme un dispositif à part, un contrepoint qui remet sur le devant de la scène des notions élémentaires : le secret constitue un outil de compétitivité des entreprises, qu'il soit envisagé comme un actif patrimonial ou qu'il concerne des informations dont la diffusion pourrait être nuisible. Ainsi, dans ce contexte de transparence, le secret des affaires est présenté comme un instrument stratégique dans la concurrence économique, ce que certaines procédures, comme le *discovery*, peuvent illustrer.

7. - Alors, dans ce contexte paradoxal, le législateur européen n'a pas fait preuve de précision. Le compromis, inhérent aux textes européens, ne se conjugue pas facilement avec la clarté. Le législateur national n'a pas non plus véritablement complété ou précisé ce cadre européen.

8. - Le rapport Capitant a cherché à faire le point sur les aspects positifs et négatifs de ce dispositif et a soumis ses conclusions à l'expertise des intervenants. En synthèse des échanges de la journée, la protection du secret des affaires apparaît complexe et hétérogène, comparable à la médina de Fès : on y trouve de tout. On y relève notamment l'indétermination du contenu du secret des affaires et l'incertitude quant au titulaire du secret à qui s'adresser. Ensuite, on observe que la voie d'accès à la protection reste elle-même complexe et tortueuse.

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

9. - Trois points majeurs se dégagent.

10. - Premièrement, le contenu du secret des affaires est largement indéterminé. La notion recouvre une grande variété d'informations, parfois qualifiées autrement. On peut y inclure le savoir-faire commercial, les fichiers clients, ou encore des données techniques susceptibles d'être protégées par la propriété industrielle. Cette diversité rend difficile la définition précise de ce qui relève ou non du secret des affaires.

11. - Deuxièmement, la diversité des informations concernées est très large. Cela peut aller jusqu'à des données personnelles, comme l'état de santé d'un dirigeant, si l'on adopte une vision étendue. Cette diversité provient de la souplesse des critères de qualification rappelés ce matin : le secret doit avoir une valeur commerciale et être confidentiel, mais ces notions sont interprétables de manière assez large. Cette souplesse crée un doute constant sur la qualification : une information relève-t-elle ou non du secret des affaires ? Ce doute se traduit concrètement dans les procédures, comme pour le séquestre provisoire ou les mesures de l'article 145 du Code de procédure civile, où chaque pièce doit être justifiée par un mémoire précis. Les critères varient parfois selon la juridiction et même selon le commissaire de justice chargé de l'examen. Cette incertitude contribue à rendre l'accès à la protection complexe et imprévisible.

12. - Troisièmement, le secret des affaires ne protège pas seulement le travail d'autrui ou des informations commerciales stratégiques ; il peut aussi englober des informations simplement nuisibles, par exemple la situation d'une entreprise ou la santé de son dirigeant. Dans certains cas, il peut même se rapprocher du secret bancaire ou d'autres secrets professionnels, chacun bénéficiant de régimes de protection très différents.

13. - Cette diversité affecte à la fois le périmètre de la confidentialité et la stratégie de protection : le choix de qualifier une information comme secret des affaires, secret bancaire ou secret professionnel peut déterminer les droits et obligations liés à sa diffusion, son partage ou sa conservation. On retrouve ainsi une complexité comparable à celle d'une médina, où coexistent des protections, des exceptions et des usages très variés.

14. - Le deuxième point, c'est donc l'indétermination du titulaire du secret des affaires. Selon les logiques re-

tenues, il peut y avoir plusieurs acteurs : le détenteur légitime, le propriétaire au sens de la propriété industrielle, le bénéficiaire ou encore la victime de l'atteinte, qui ne coïncide pas forcément avec les précédents. Par nature, le secret des affaires n'est jamais totalement secret : il s'agit d'une information ayant une valeur économique, qui doit être exploitée ou partagée au sein d'un cercle d'initiés. Ce cercle, limité mais nécessaire, implique que le secret soit préservé vis-à-vis de l'extérieur, tout en étant accessible à certaines personnes. Le problème est que les membres de ce cercle n'ont pas tous les mêmes prérogatives ni les mêmes obligations envers le secret, ce qui crée une complexité supplémentaire dans sa gestion et sa protection, comme l'illustrent les questions rencontrées dans le cadre de la franchise. Le franchiseur contrôle le secret et peut être considéré comme le détenteur légitime. Il met le secret à disposition du franchisé, qui bénéficie de l'information mais n'en détient pas le contrôle.

15. - Ainsi, même s'ils partagent le même secret, leurs prérogatives diffèrent : le franchiseur peut invoquer directement le dispositif légal spécifique pour se protéger et obtenir réparation. Le bénéficiaire, donc le franchisé, doit se fonder sur le droit commun (articles 1240 et suivants du Code civil) pour réclamer réparation d'un dommage subi, ce qui constitue une faute « *ordinaire* ». Dans une situation différente, le propriétaire, titulaire du brevet a une situation distincte, protégée par le droit de propriété intellectuelle, avec des fondements et recours différents.

16. - La notion de cercle d'initiés implique que différents individus disposent de droits et d'obligations distincts sur le secret. Pour garantir une protection effective, l'entreprise doit organiser la circulation de l'information : définir les habilitations, assurer la traçabilité des accès et des partages, et sécuriser le secret face à la fragilité humaine. La mise en place de telles mesures internes est essentielle pour prévenir les violations et clarifier les responsabilités en cas d'atteinte.

17. - Le secret le mieux protégé reste celui qui est conservé pour soi. Cependant, sa circulation au sein du cercle d'initiés complique la détermination des prérogatives et des droits de chaque acteur. En particulier, il n'est pas clairement établi si tous les bénéficiaires d'un secret, comme un franchisé, peuvent invoquer directement le dispositif légal du code de commerce en cas de violation. Certaines analyses suggèrent un cumul des fondements, laissant une liberté de choix pour enga-

ger la réparation, mais cette question reste ouverte en droit français.

18. - Il est peu probable que la jurisprudence adopte une approche uniforme, car cela créerait un véritable maquis d'actions. Cette complexité rappelle l'image de la Médina : plusieurs acteurs partagent un même secret, sans que l'on sache exactement s'ils disposent des mêmes droits ou si la "qualité" du secret est la même pour tous. Beaucoup de personnes sont concernées par le secret, mais toutes n'ont pas la capacité de le faire valoir de manière identique. C'est surtout dans les modalités de protection du secret des affaires que l'on se perd facilement. La diversité des situations et des droits rend la lecture pratique du dispositif particulièrement délicate.

19. - La première exigence tient à la protection en amont : tant que l'atteinte ne s'est pas produite, le secret peut encore être préservé. Une fois la divulgation réalisée, il est en réalité trop tard. L'enjeu prioritaire est donc d'organiser en amont un dispositif de protection du secret des affaires réellement opérationnel. Ce n'est que dans un second temps — sans que la question soit secondaire — qu'il faut envisager les mécanismes de réparation lorsque la protection préventive a échoué. Il s'agit alors de mettre en place un système qui, sinon dissuasif, permette au moins de compenser les effets négatifs de l'atteinte. Dans les deux hypothèses, qu'il s'agisse d'assurer la prévention ou de réparer une violation, le chemin vers une protection efficace est loin d'être simple. La voie préventive elle-même se révèle complexe, en raison de la diversité des objectifs à concilier.

20. - Il s'agit d'éviter la divulgation du secret des affaires, mais aussi de prévenir les intrusions destinées à y accéder : deux objectifs distincts, auxquels ne correspondent pourtant pas des moyens totalement différenciés. En pratique, les procédés mobilisés sont variés, souvent communs, et ne relèvent pas exclusivement de l'une ou l'autre de ces finalités. La première ligne de protection consiste à maîtriser les risques de divulgation. Les outils pratiques et techniques permettant d'organiser cette protection sont à la fois élémentaires et indispensables. Leur caractère évident ne doit pas masquer leur importance, notamment parce qu'ils témoignent de la fragilité des données, notion mise en lumière par Maître Dubucq. À cela s'ajoute la nécessité d'une cyber sécurité interne robuste, dont Leïla Slassi a souligné la portée déterminante. Toute stratégie de

protection du secret des affaires repose, en amont, sur la combinaison de ces mesures matérielles, organisationnelles et techniques, destinées à sécuriser l'information autant contre la fuite que contre la captation.

21. - L'expérience montre l'insuffisance de la seule voie juridique : la protection du secret des affaires commence par l'anticipation et par la mise en place de procédés techniques. Ces mesures visent à la fois à prévenir les intrusions et à éviter les divulgations. Les formes que peut prendre cette prévention sont multiples : compartimentation de l'information, *data rooms*, cloisonnement des laboratoires, chiffrement des données, ou encore tout autre dispositif de sécurisation interne. Ces moyens présentent une importance d'autant plus grande qu'ils constituent des éléments déterminants de la qualification même du secret des affaires. Une information dépourvue de mesures raisonnables de protection cesse d'être un secret : la défaillance incombe alors à l'entreprise, qui ne peut plus prétendre au bénéfice du régime protecteur.

22. - Il est particulièrement utile d'avoir rappelé que les voies de droit ne viennent qu'en second recours : avant toute démarche contentieuse, la protection du secret des affaires repose d'abord sur des moyens techniques. Ils sont nécessaires, parce qu'ils participent de la définition même du secret. L'étymologie le rappelle : *secretum* renvoie à ce qui est mis à part, soustrait au regard d'autrui. La première exigence est donc de soustraire l'information, de la « mettre de côté », et cette mise à l'écart est aujourd'hui d'abord assurée par la technique.

23. - Une fois ces moyens dépassés — ou lorsque, malgré eux, une atteinte survient — commence le domaine des mécanismes juridiques. Sur ce terrain, on se heurte à un enchevêtrement particulièrement complexe. L'abondance des voies possibles n'est pas en soi un défaut, à condition toutefois que chacune d'elles conduise effectivement à un résultat. Or, rien ne permet d'en être pleinement assuré.

24. - Il existe aujourd'hui un certain nombre de voies de droit qui se révèlent, dans la pratique, être de véritables impasses. C'est particulièrement vrai des mécanismes censés permettre de s'opposer à la communication d'informations protégées, tant en droit interne qu'en contexte international.

25. - En droit interne, les difficultés apparaissent clairement avec l'article 145 du Code de procédure civile

et le séquestre provisoire. Comme cela a été rappelé, la charge probatoire imposée à l'entreprise est telle qu'elle rend le dispositif presque inexploitable : devoir démontrer, pièce par pièce — parfois plusieurs dizaines ou centaines de milliers de documents — que chacune relève effectivement du secret des affaires, puis assurer pour chacune une anonymisation ou un caviardage approprié, constitue une tâche matériellement ingérable. Le mécanisme, en théorie protecteur, devient ainsi impraticable.

26. - À l'international, la situation n'est guère plus favorable. Dans les procédures de type *discovery* — souvent utilisées, notamment aux États-Unis, comme véritables opérations de pêche aux informations confidentielles — les entreprises françaises se trouvent fréquemment démunies. En théorie, la loi de blocage devrait permettre de faire obstacle à la communication de données sensibles. En pratique, son efficacité reste limitée : son régime de sanctions manque de portée suffisamment dissuasive, ce qui conduit les entreprises à se retrouver dans une position défensive particulièrement délicate, sans véritable moyen d'opposer une résistance opérationnelle.

27. - Pour une entreprise confrontée à une procédure américaine de *discovery*, le dilemme est clair : soit elle refuse la communication de ses informations stratégiques et s'expose à une condamnation par le juge américain, avec le risque corrélatif d'être privée d'accès au marché américain ; soit elle accepte de transmettre ces données sensibles en prenant le risque d'une violation de la loi de blocage, dont la sanction demeure faible, rarement mise en œuvre, et en tout cas largement hypothétique. Autrement dit, les voies de droit existent, mais elles fonctionnent souvent comme de simples impasses, ce qui est loin d'être satisfaisant.

28. - Cela concerne les mécanismes destinés à empêcher la divulgation, mais la question de la communication interne du secret ouvre d'autres problématiques. Il existe en effet plusieurs options juridiques pour organiser la protection, c'est-à-dire prévenir la diffusion non autorisée au sein même de la structure.

29. - Comme cela a été rappelé dès ce matin, notamment par Maître Khrouz, au-delà des questions classiques de qualification — parfois perçues comme académiques — c'est surtout le choix du régime de protection qui devient stratégique. L'entreprise peut privilégier une protection de propriété industrielle, si les

conditions sont réunies ; elle peut opter pour une protection contractuelle, notamment grâce à des clauses de confidentialité assorties de clauses pénales ; ou encore choisir de s'appuyer sur le dispositif légal issu du Code de commerce.

30. - Il est parfaitement envisageable d'emprunter successivement plusieurs voies de protection. Une stratégie peut ainsi combiner une logique de propriété industrielle — pour protéger un dispositif technique — avec le dispositif légal, afin de couvrir les éléments qui ne relèvent pas de la propriété industrielle. À cela peut encore s'ajouter un accord de confidentialité, assorti d'une clause pénale, destiné à encadrer d'autres aspects du secret. Autrement dit, plusieurs chemins peuvent coexister.

31. - L'abondance des voies possibles n'est pas problématique en soi, à condition qu'elles se révèlent efficaces. Encore faut-il que celui qui s'engage sur ces chemins soit préparé et sache, autant que possible, lequel est le plus adapté à sa situation. Cette dimension stratégique fait tout l'intérêt de l'activité de conseil, mais elle demeure particulièrement difficile à anticiper : une entreprise ne sait pas nécessairement, dès l'origine, quel sera pour elle le meilleur itinéraire selon la nature du litige qui pourrait ultérieurement surgir.

32. - Lorsque la protection du secret se révèle inefficace — ce qui arrive, malgré tous les dispositifs prévus — il ne reste qu'une option : le chemin de la réparation. Ce chemin est loin d'être simple. Il constitue pourtant la seule voie ouverte, le droit français ayant écarté toute sanction spécifique, notamment pénale. L'abandon de la répression pénale est compréhensible : ajouter une voie supplémentaire aurait encore complexifié un ensemble déjà dense. On peut néanmoins s'interroger, à la lumière d'autres systèmes juridiques, comme le droit suisse. La voie pénale y fonctionne comme un raccourci dissuasif. Non pas en raison de la sévérité de sa mise en œuvre — souvent exigeante — mais en raison de sa rapidité et surtout de la crainte qu'elle inspire. Cette crainte constitue un levier stratégique : elle facilite la négociation, là où la seule perspective d'une action civile, plus longue et plus incertaine, n'en offre pas toujours la possibilité.

33. - Souvent, la voie pénale est avant tout un instrument de pression. Elle existe moins pour être réellement empruntée que pour être brandie : affirmer « si vous ne coopérez pas, nous activerons la voie pénale »

suffit parfois à obtenir une négociation. Cette menace fonctionne parce que la procédure pénale est perçue comme plus dure, plus rapide et surtout plus redoutée. Sous cet angle stratégique, on peut comprendre l'intérêt qu'aurait pu présenter l'introduction, en droit français, d'une incrimination spécifique. Mais je ne regrette pas qu'elle n'ait pas été retenue : elle aurait ajouté une strate supplémentaire à un ensemble déjà complexe. Quant à l'article 1254 du Code civil, je l'écarte volontairement : il institue une sanction, mais une sanction civile, une amende civile, sans lien avec les dommages-intérêts punitifs. Elle est versée non pas à la victime, mais à un fonds destiné à financer les actions de groupe. Reste donc uniquement le chemin de la réparation. Et celui-ci est particulièrement tortueux. Plusieurs voies d'indemnisation coexistent, mais surtout, les règles de circulation entre ces voies n'ont jamais été véritablement clarifiées.

34. - Il n'existe ni sens interdit, ni véritable hiérarchie entre les voies d'action, et j'avoue ne pas savoir comment les articuler avec certitude. Même si l'on met de côté la logique de propriété industrielle pour se concentrer sur le terrain de la responsabilité, la situation demeure complexe. On trouve d'un côté la responsabilité contractuelle, lorsqu'un engagement de confidentialité lie les parties ; puis le droit spécial, issu de la loi de 2018 et désormais intégré au Code de commerce ; et enfin le droit commun de la responsabilité délictuelle.

35. - Comment articuler ces régimes ? Faut-il considérer que le droit spécial, en tant que loi récente et ciblée, écarte la responsabilité contractuelle ? À moins d'appliquer la jurisprudence européenne qui admet l'exclusion de la responsabilité contractuelle, sauf si elle se révèle défavorable, auquel cas on reviendrait au dispositif légal. La cohérence de l'ensemble reste incertaine. La même interrogation vaut pour le rapport entre le droit spécial et le droit commun. Le dispositif de 2018 exclut-il totalement l'action fondée sur les articles 1240 et suivants ? Ou bien admet-il un jeu combiné ? L'impression qui se dégage, en réalité, est celle d'une hybridation des régimes.

36. - L'articulation entre les différents régimes demeure incertaine, car la loi ne l'a pas précisée. Il re-

vient donc au juge de déterminer comment combiner ces voies : le droit spécial est-il exclusif, écartant toute responsabilité contractuelle ou délictuelle ? Ou bien s'articule-t-il avec elles : la responsabilité contractuelle peut être mobilisée, mais limitée ou complétée par le droit spécial en cas de résultats défavorables, voire les deux régimes peuvent-ils être hybridés, le droit spécial servant de fondement principal tout en empruntant certains éléments au droit commun, notamment pour l'évaluation du préjudice ? Cette incertitude laisse une grande marge d'appréciation au juge, illustrant l'absence de plan clairement établi pour guider les praticiens dans la réparation du secret des affaires.

37. - En pratique, le droit spécial semble devoir être privilégié : le dispositif français de réparation du secret des affaires repose principalement sur lui. La voie qui en découle est séduisante, car la loi prévoit une réparation potentiellement très favorable. Elle tient compte non seulement du préjudice subi par la victime et du manque à gagner, mais également du bénéfice retiré par l'auteur de l'atteinte, ainsi que du préjudice moral et, le cas échéant, de l'atteinte à la réputation.

38. - Pourtant, cette perspective attractive se heurte à de sérieuses difficultés pratiques : l'évaluation du gain réalisé par l'auteur, de la perte subie par la victime, et la démonstration du lien de causalité entre la violation du secret et le bénéfice retiré. Ces obstacles, largement discutés lors de la table ronde, font de la réparation une voie potentiellement lucrative, mais aussi complexe et exigeante à concrétiser. Toutes ces difficultés font que le dispositif reste intéressant, mais sa mise en œuvre dépendra largement de l'attitude des juges : seront-ils suffisamment larges ou tolérants dans l'appréciation des critères d'évaluation, et exploiteront-ils pleinement la possibilité de cumuler le chiffre de la perte subie par la victime et celui du bénéfice retiré par l'auteur de l'atteinte ? Ainsi, la réparation du secret des affaires constitue un outil potentiellement puissant, mais sa concrétisation pratique demeure complexe et exigeante, nécessitant une analyse fine des différents éléments du préjudice et de la causalité, ainsi qu'une capacité à naviguer dans les multiples voies juridiques ouvertes par le droit français.