

L'importance du secret des affaires, vue d'un magistrat de la Cour de cassation

par Renaud SALOMON

Avocat général à la Cour de cassation

Professeur associé à l'université de Paris Dauphine PSL

Membre associé de l'Institut de criminologie de l'université de Paris Panthéon-Assas

L'exigence de sécurité juridique, imprégnant le droit commercial dès son origine, s'est rapidement transposée en obligation de transparence, laquelle a longtemps constitué un frein à la reconnaissance en droit français du secret des affaires. En effet, au-delà de certaines lois dont le titre est évocateur, telles que la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, le droit commercial impose notamment l'immatriculation des participants à la vie des affaires au registre du commerce et des sociétés, l'obligations pour les sociétés de capitaux de déposer leurs comptes sociaux au greffe du tribunal de commerce, la publicité par voie d'annonces légales imposées pour les principales opérations réalisées par les sociétés ou les opérations portant sur le fonds de commerce, les informations et publicités requises des sociétés cotées, le recul sensible du secret bancaire...

C'est pourquoi la protection du secret des affaires a été introduite tardivement en droit français, par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, lors de la transposition en droit interne de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et informations commerciales non divulgués.

Le secret des affaires était à ce jour une notion juridique de « *droit mou* », selon l'expression du Doyen Carbonnier, englobant, tel un inventaire à la Prévert, le droit de la propriété industrielle et intellectuelle mais également plus généralement des pans entiers du droit de la concurrence déloyale.

La loi du 30 juillet 2018 a donné lieu à une définition renouvelée du secret des affaires (I), permettant de la sorte une protection également renouvelée de sa protection (II).

I.- Une définition renouvelée du secret des affaires

Le secret des affaires, dont seront étudiés les éléments constitutifs (A), connaît des limites incompressibles (B).

A.- Les éléments constitutifs du secret des affaires

Pour relever du secret des affaires, une information doit, selon l'article L. 151-1 du Code de commerce, répondre à trois critères, cumulativement exigés.

1) Tout d'abord, l'information ne doit pas « *en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, [être] généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* ».

2) Ensuite, l'information « revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ». Le considérant 14 de la directive du 8 juin 2016 est plus loquace : « Ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle ».

3) Enfin, l'information doit faire « l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ». Afin de vérifier ce troisième critère, le plus essentiel de tous, il reviendra au juge d'apprécier, selon une démarche *in concreto* poussée, si le détenteur du secret, sollicitant sa protection, a entrepris des mesures suffisantes pour assurer le contrôle relatif de l'information. Une telle volonté pourra en particulier résulter d'accords de confidentialité, pour établir une volonté de contrôle. La protection par de tels accords du secret des affaires permettra à son titulaire de se préconstituer des preuves écrites, indispensables à la mise en œuvre de la protection prévue par la loi.

Par ailleurs, afin de pouvoir utilement bénéficier du secret des affaires, « le détenteur du secret doit mettre en place un certain nombre de mesures destinées à restreindre l'accès au secret, que ce soient des mesures de sécurité physique (contrôle de l'accès aux locaux, de la circulation des visiteurs, etc.) ou des mesures de sécurité informatique (contrôle de l'accès au réseau puis aux données, chiffrement des données sensibles, configuration de pare-feu, etc.), ou des mesures d'organisation (classification des informations, sensibilisation du personnel) » (S. Schiller, Le secret des affaires, LexisNexis, Cahiers du droit de l'entreprise, janv.-févr. 2020, dossier 1). D'ailleurs, selon un très logique parallélisme des formes, l'obligation de confidentialité cesse « si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles » (C. com., art. L. 153-2, dernier alinéa 5) et si le détenteur ne prend plus de mesures raisonnables pour empêcher leur divulgation.

B.- Les limites incompressibles au secret des affaires

A titre liminaire, on relèvera que si la loi permet la transmission d'informations confidentielles au cours d'une procédure contentieuse, elle met en place aussitôt un certain nombre de conditions afin de protéger le caractère confidentiel de la pièce à l'égard des parties au procès (C. com., art. L. 153-1 et 153-2).

Mais surtout, transposant l'article 5 de la directive de 2016, le droit interne a prévu quatre exceptions au secret des affaires.

1) En premier lieu, l'article L. 151-8 du Code de commerce dispose : « à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : 1° Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à

la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

2) En deuxième lieu, ce même texte prévoit que le secret des affaires est inopposable lorsque *« son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : [...] 2° Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».*

L'article 6, I, de cette même loi a défini le lanceur d'alerte, condition préalable au fait justificatif de l'article 122-9 du Code pénal, comme *“une personne physique qui révèle ou signale, sans contrepartie et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance”.*

De son côté, l'article L. 1132-3-3 du Code du travail prévoit qu'aucune personne ayant témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime ne peut faire l'objet d'une mesure disciplinaire, notamment en raison d'une violation du secret des affaires (Soc., 6 mai 2025, n° 23-15.641: JCP E 2025, 1285, note R. Salomon).

3) En troisième lieu, l'article L. 151-8 du Code de commerce prévoit l'inopposabilité du secret *« pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national ».*

Ainsi, il résulte de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments couverts par le secret des affaires, à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi. La Cour de cassation a donc censuré logiquement un arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné une société au paiement de dommages et intérêts pour avoir produit, au cours de l'instance, une pièce protégée par le secret des affaires, sans rechercher si cette pièce n'était pas indispensable pour prouver les faits allégués de concurrence déloyale et si l'atteinte portée par son obtention ou sa production au secret des affaires n'était pas strictement proportionnée à l'objectif poursuivi (Com., 5 févr. 2025, n° 23-10.953 : B.- Dans le même sens : Com., 5 juin 2024, n° 23-10.954 : B).

Le secret professionnel sera également inopposable *« notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives »* (C. com., art. L. 151-7).

4) Enfin, il résulte de l'article L.151-9 du Code de commerce que le secret, obtenu ou divulgué par les salariés ou leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leurs fonctions d'information et de consultation, n'est pas opposable à l'occasion d'une instance relative à une atteinte à ce secret. Le 2° de ce même texte précise que la divulgation de

l'information doit être « *nécessaire* » à l'exercice des fonctions du représentant du salarié, ce qui restreint par conséquent la portée pratique de l'inopposabilité du secret des affaires.

II.- Une protection renouvelée du secret des affaires

Les articles L. 152-1 et suivants du Code de commerce ont prévu des actions en prévention, en cessation ou en réparation (B) d'une atteinte au secret des affaires (A).

A.- L'atteinte au secret des affaires

L'atteinte au secret peut être constituée soit par l'obtention illicite du secret (1°), soit par son utilisation ou sa divulgation illicite (2°).

1° L'obtention illicite du secret des affaires

L'accès au secret sans le consentement du détenteur légitime du secret est illicite selon l'article L. 151-4 du Code de commerce.

Il s'agit tout d'abord, aux termes de l'article L. 151-4, 2°, du Code de commerce, « *de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ». Le considérant n° 4 de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 vise au titre d'une telle atteinte les cas de vol, de copie non autorisée, d'espionnage économique ou encore, d'un non-respect des exigences de confidentialité.

Par ailleurs, il ressort de l'article L. 151-5, qu'une telle atteinte peut résulter également d'une violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou en limiter sa diffusion, qui résulte bien souvent dans la pratique des affaires d'un accord de confidentialité.

De manière moins précise, l'article L. 151-4, 2°, du Code de commerce ajoute que l'atteinte illicite au secret des affaires peut également, ajoute l'article être réalisée sans le consentement du détenteur légitime lorsqu'elle résulte de « *tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ». Au demeurant, rien de bien nouveau, car un tel comportement déloyal est déjà sanctionné en jurisprudence au titre des pratiques commerciales déloyales entre entreprises ou des actes de concurrence déloyale sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile (C. civ., art. 1240).

2° L'utilisation ou la divulgation illicite du secret des affaires

L'article L. 151-5 du Code de commerce interdit l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires. En toute logique, l'obtention illicite du secret que nous venons de voir, vient contaminer son utilisation ou sa divulgation ultérieure.

En outre, est prohibée par les articles L. 151-5, alinéa 2, et L. 151-6 l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires par une personne qui « savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances que ce secret a été obtenu ou était utilisé ou divulgué de façon illicite ».

B.- Les actions en prévention, en cessation ou en réparation du préjudice résultant d'une atteinte au secret des affaires

Il convient de distinguer les actions provisoires (1°) des actions définitives (2°).

1° Les actions provisoires

Elles sont prévues à l'article L. 152-4 du Code de commerce, aux termes duquel, *«pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires»*.

L'obtention de mesures conservatoires ou provisoires n'est ici conditionnée à aucune contestation sérieuse.

Elle peut, selon l'article L. 152-4, être indifféremment sollicitée devant le juge des référés, procédure par essence contradictoire, ou dans le cadre d'une procédure sur requête, lorsque le requérant *«est fondé à ne pas appeler de partie adverse»* (CPC, art. 493), en particulier en cas de risque de dépérissement des preuves.

La juridiction compétente peut alors ordonner *« toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée »* (C. com., art. R. 152-1). On rapprochera cette exigence textuelle de la jurisprudence classique de la Cour de cassation, selon laquelle si le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, c'est à la condition que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime, sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées, et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de l'autre partie au regard de l'objectif poursuivi (Civ. 2^{ème}, 10 juin 2021, n° 20-11.987 : B. - Dans le même sens : Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 19-22.965. - Egalement : Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192 : B).

Qu'il ait agi par voie de référé ou par voie de requête, le demandeur devra en toute hypothèse saisir le juge du fond dans un délai de vingt jours ouvrables à compter de la date de l'ordonnance ou de 31 jours civils si ce dernier délai est plus long (C. com., art. R. 152-1), à peine de caducité des mesures provisoires ordonnées.

2° Les actions portant sur le fond du droit

a.- Les mesures en nature: la cessation de l'atteinte au secret professionnel

En cas d'atteinte ou de simple risque d'atteinte à un secret des affaires, l'article L. 152-3 du Code de commerce prévoit que son détenteur peut demander en justice des mesures de nature à empêcher ou faire cesser une telle atteinte. Le cas échéant, la juridiction peut prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte.

Lorsque le juge pose une interdiction, il peut la moduler dans le temps, sous réserve toutefois qu'elle soit *« suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur*

de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires » (C. com., art. L. 152-3).

Par ailleurs, l'article L. 152-3 du Code de commerce soumet cette cessation judiciaire de l'atteinte au secret professionnel au principe de proportionnalité : « *la juridiction peut, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte* ».

Pas davantage, les mesures ordonnées ne doivent causer à l'auteur de l'atteinte de bonne foi un dommage disproportionné. C'est pourquoi le juge peut décider, à la demande de l'auteur de l'atteinte, de remplacer ces mesures par le versement d'une indemnité selon l'article L. 152-3 du Code de commerce.

b.- Les mesures par équivalent : l'obtention de dommages et intérêts

Elles peuvent soit, comme nous venons de l'indiquer, se substituer aux mesures en nature, soit s'y ajouter.

Pour calculer les dommages et intérêts, le juge doit, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 152-6 du Code de commerce, prendre en considération distinctement divers paramètres: les conséquences économiques négatives de cette atteinte au secret, y compris le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ; le préjudice moral ; et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels.

La juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.